THESIS

ERLANGEN

1929

STANFORD UNIVERSITY LIBRARY
JUN 20 1930

Der ärztliche Eingriff einschließlich der ärztlich gebotenen Unterbrechung der Schwangerschaft

unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Hintze
aus Bonn
Referendar am Oberlandesgericht zu Köln.

Approbiert am 3. August 1929.

Bonn
P. Hassemer, Buch- und Kunstdruckerei
1929.

3783
E69H 29:332
Unclassed Thesis

Referent:
Univ.-Professor Dr. Köhler.

Herrn Rechtsanwalt Dr. Peter Gilles in Bonn
in Dankbarkeit für die zuteil gewordene Förderung
und Ausbildung gewidmet.

Abkürzungen:

AE 25	= Amtlicher Entwurf von 1925.
AfdzPr.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
E 17, 19	= Entwurf von 1917, 1919.
GA	= Goltdammer Archiv für Strafrecht.
GE 11	= Gegenentwurf von 1911.
GS	= Der Gerichtssaal
KE 13	= Entwurf der Strafrechtskommission von 1913.
KrVJSchr.	= Kritische Viertel}ahrsschrift.
MoSchrfKrPs.	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrecht.
RG	= Entscheidungen des Reichsgerichts, (St) in Strafsachen, (Z) in Zivilsachen.
StGB.	= Strafgesetzbuch
VD	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts. (A) Allgemeiner Teil, (B) Besonderer Teil.
VE 09	= Vorentwurf von 1909.
ZfschwStrR.	= Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht.
ZStW	= Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften.

Literaturverzeichnis.

Ahrens: „Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund" in Strafr. Abhdlg. von Bennecke, 1909, Heft 101.

Allfeld-Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1925 nebst Begründung.

Aschrott-Liszt: „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches", Krit. Bemkg. zum VE, Bd. II, Abschn. VI, S. 265 ff, 1910.

v. Bar: Medizinische Forschung und Strafrecht, in Festgabe der Göttinger juristischen Fakultät für Regelsberger, S. 227 ff, 1910.

— Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, in GS 60, S. 81, 1902.

Behr: Medizin und Strafrecht in GS 62, S. 400 ff, 1903.

Beling: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, in ZStW, 44, S. 200 ff, 1924.

— Rechtsprechung des RG, Bd. 22/25, in ZStW 18, S. 267 ff, 1889.

Brückmann: Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Negatives und Positives, in ZStW 24, S. 657 ff, 1904.

van Calker: Strafrecht, 2. Aufl. 1924.

Dietrich: Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe,Diss. 1896.

Graf zu Dohna: Die Elemente des Schuldbegriffs, in GS 65, Heft 4/6, 1905.

— Der neueste Strafgesetzentwurf im Lichte des richtigen Rechts, in Festgabe für Rud. Stammler, S. 255 ff, 1926.

— Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.

Ebermayer: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des RG, 3. Aufl. 1925.

— Der Entwurf eines Deutschen StGB. Nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1914.

— Die Strafrechtsreform. Das Ergebnis der Strafrechtskommission, 1914.

— Aerztliches Operationsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung nach geltendem Recht und nach den Entwürfen von 1919 und 1925 in MoSchrfKrPs 17, S. 410 ff, 1926.

Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 nebst Begründung.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1919 nebst Denkschrift.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1927 nebst Begründung.

Entwurf des StGB. für die preußischen Staaten, 1848, in Bennecke: Abhandlg. des krim. Seminars an der Universität Berlin, hrsg. v. Liszt, Neue Folge, 1912, Bd. VII.

Finger: Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Krit. Bemerkung zu der unter gleichem Titel veröffentlichten strafrechtl. Studie des Dr. Karl Stooß.

Flügge: Das Recht des Arztes, 1903.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Auflage 1926.

v. Franqué: In Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den VE zu einem Deutschen StGB., gef. im Reichsjustizamt 1911 S. 322.

Gerland: Der Entwurf von 1925, Allgemeiner Teil 1925.

Gegenentwurf zum VE eines Deutschen StGB. 1911 nebst Begründung.

Geyer: Zur Revision der Bestimmungen des RStGB. über Körperverletzung in GS 26, S. 272, 1874.

Hartwig: Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem StGB. in GS 82, S. 301 ff, 1914.

Hegler: Die Merkmale des Verbrechens in ZStW 36, S. 19 ff, 1915.

Heimberger: Berufsrechte und verwandte Fälle in VDA IV, S. 15 ff, 1908.

— Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit, in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 76 ff.

— Über die Straflosigkeit der Perforation, Diss. 1889.

— Strafrecht und Medizin 1899.
In Zusammenstellung usw. (Vgl. Franqué, S. 315).

Herbst. Ein Beitrag zur Lehre von der Körperverletzung in GA 26, S. 23 ff., 1878.

Iustizkommission des deutschen Vereins für Psychiatrie, Bemerkg. z. VE des StGB., 1910.

Kahl: Der Arzt im Strafrecht in ZStW 29, S. 351 ff., 1909.

Keßler: Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten in GS 38, S. 561 ff., 1886.

Kiel: Die Einwilligung des Minderjährigen nach geltendem Strafrecht in GA 54, S. 357 ff., 1907.

v. Kitzinger: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht in GS 55, S. 1 ff, 1898.

Klee: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden in GA 48, S. 177 ff, 1901, GA 49, S. 246 ff, 1903, GA 50, S. 364 ff, 1903.

Köhler: Deutsches Strafrecht 1917.
— Reformfragen des Strafrechts, 1903.
Lieske: Die Operationsfreiheit im Lichte fortschreitender Strafrechtsreform (eine Kritik zur Beendung des Entwurfs eines Deutschen StGB), in Moderne Medizin, 6. Jhg., Heft 7, S. 64 ff, Heft 8, S. 77 ff, 1915.
v. Lilienthal: Der VE zu einem Deutschen StGB. in Mo. Schr. f. Kr. Ps., 6. Jhg., S. 529 ff, 1910.
— Der Zweck als Straf- und Schuldmoment in ZStW. 20, S. 440, 1900.
— Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in Festgabe der Heidelberger juristischen Fakultät für E. J. Bekker, 1899.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Aufl. 1914.
Löffler: Die Körperverletzung in VDB., V, S. 205 ff, 1905.
Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente in GS 89, S. 207 ff, 1924.
Mittermaier: Zum Vorentwurf eines RStGB. in ZStW. 30, S. 623 ff, 1910.
Olshausen: Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, 6. Aufl., 1900.
Oppenheim: Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, Z. f. schw. Str. R., 6, S. 332 ff, 1886.
Rabel: Die Haftpflicht des Arztes, 1904.
Radbruch in Aschrott-Kohlrausch, S. 301 ff. Zum 17. bis 20. Abschnitt des AE von 1925.
Reichsgericht in Strafsachen und Zivilsachen.
Rosenberg: Strafbare Heilungen in GS 62, S. 62 ff, 1903.
Rotering: Die chirurgische Operation, insbesondere die Perforation als Ausnahme von der Norm, in GS 38, S. 561 ff, 1886.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921.
Schmidt: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Ein Beitrag zur Lehre der Straf- und Schuldausschließungsgründe, 1900.
Schmitt: Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten operativen Eingriffs in ZStW. 31, S. 467 ff, 1911.
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokolle des 2. Exp. K., Bd. I—IX, 1912/16, Beilagenband I und II, 1916/17.
Spinner: Ärztliches Recht, 1914.
Stooß: Operativer Eingriff und Körperverletzung, Z. f. schw. Str. R., VI, S. 53 ff, 1886.
— Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung; eine strafrechtliche Studie, Kr V J Schr., 41, S. 552 ff.

— Die ärztliche Behandlung im Strafrecht, Z. f. schw. Str. R. 12, S. 24 ff, 1899.
v. Tippelskirch: Vorschläge zur Ergänzung des DStGB. in dessen Bestimmungen über die Antragsdelikte in GS 25, S. 299 ff, 1873.
Vorentwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1909 nebst Begründung.
Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expert. Komm., 1896.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914.
Wein: Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes, Diss. 1908.
Weinrich: Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen nach den im Deutschen Reiche geltenden Rechten, 1883.
Zitelmann: Ausschluß der Rechtswidrigkeit, A f d z Pr., 99, S. 1 ff, 1906.

Uebersicht.

	Seite
I. Lex lata	9–25
1. Einleitung	9–11
2. Der objektive, äußere Tatbestand	11–13
a) bei einer Körperverletzung im allgemeinen	12
b) bei einem ärztlichen Eingriffe im besonderen	12–13
3. Die Versuche, ihn unter einen Tatbestand des StGB. unterzuordnen	13–21
4. Die Gründe, aus denen heraus man ihm die Eigenschaft einer Körperverletzung oder die Rechtswidrigkeit absprach	21–25
II. Lex ferenda	25–68
1. Die wesentlichen Voraussetzungen einer Heilbehandlung	25–33
2. Der Kunstfehler	33–35
3. Der zwecklose Eingriff	35–36
4. Die terminologische Beurteilung des ärztlichen Eingriffes durch den E 27	36–37
5. Die eigenmächtige Behandlung in nicht dringlichen Fällen	37–45
6. Die Voraussetzungen einer beachtlichen Einwilligungserklärung	45–47
7. Die dringliche Behandlung	47–49
a) bei fehlender Einwilligung	47–48
b) bei versagter Einwilligung	48–49
8. Die nicht vorgesehene und erweiterte Behandlung	49–51
9. Der ärztliche Versuch	51–54
10. Die Verschönerungsoperation	54–55
11. Transfusion und Transplantation	55
12. Der Minderjährige	56–59
13. Der Entmündigte	59–60
14. Die ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft	61–65
15. Die Sterilisation	65
16. Die Behandlung einer Geschlechtskrankheit	65–66
17. Der approbierte und der nicht approbierte Heilkundige, insbesondere der Kurpfuscher	66–68
III. Der dolus	68
IV. Zusammenfassung	68–70

Die vorliegende Arbeit soll das Recht des Arztes behandeln. Eine Veranlassung hierzu ist schon die Tatsache, daß das derzeitige Strafgesetzbuch keine einzige Bestimmung kennt, die sich besonders mit dem Arzte und seiner Tätigkeit befaßt. Dagegen ist dies in dem letzten „Entwurfe zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch" von 1927 an mehreren Stellen der Fall.

Diese Tatsache ist auf ihre innere Berechnung zu prüfen. Es ist nämlich zu bedenken, daß man seit dem 31. 5. 1871, dem Tage des Inkrafttretens des ersten StGB. für das Deutsche Reich, ohne eine besondere Bestimmung für Arzt und ärztliche Tätigkeit ausgekommen ist. Wenn die Verfasser des Entwurfes der Ansicht sind, nunmehr solche Bestimmungen aufnehmen zu müssen, so enthält das geltende Gesetz offenbar eine Lücke.

Seit 1871 hat nun sicherlich mehr als ein Arzt vor dem Forum des Gerichtes als Angeklagter gestanden. Es kann dabei vorweg genommen werden, daß es sich in der Regel um eine zwar ordnungsmäßig, aber unbefugt durchgeführte Behandlung handelte. In diesen Fällen [1]) stellte das Reichsgericht fest, daß die tatbestandsmäßigen Begriffsmerkmale einer Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB. gegeben seien.

Diese Tatsache gegenüber den Neuerungen des Entwurfes läßt nur 2 Erklärungen zu: entweder die Neuerungen sind überflüssig oder sie sind es nicht. Sind sie es aber nicht, so haben dann die Gerichte vielleicht juristisch falsche Urteile

[1]) Vgl. insbes. RGSt 25, 375; 38, 34. RGZ. 68, 431. RG. in IW 1911, S. 748.

gefällt, indem sie den Tatbestand des § 223 StGB. weiter auslegten, als es der Gesetzgeber von 1871 beabsichtigt hatte, um ein strafwürdig erscheinendes Verhalten strafrechtlich zu erfassen.

Diese Fragen sollen geprüft werden. Weiterhin betrachte ich es als meine Aufgabe, die verschiedensten Fälle zu untersuchen, bei denen eine ärztliche Tätigkeit in Frage kommt. Dabei ist zu prüfen, wann und unter welchen Voraussetzungen der Behandelnde im jeweiligen Falle zur Behandlung befugt ist oder nicht.

Da sich die eigentliche ärztliche Tätigkeit stets am menschlichen Körper auswirkt, liegt nichts näher, als einmal die Bestimmungen des StGB. einer Betrachtung zu unterziehen, die die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ahnden will. Das StGB. behandelt in den §§ 223ff. die sogen. Körperverletzung und bestimmt im § 223, was eine Körperverletzung ist:

> Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt.

Man muß davon ausgehen, daß bei den §§ 223 ff. in erster Linie an die rohe Tat eines Menschen gedacht ist, der seinem Mitmenschen wahre Verletzungen des Körpers und der Gesundheit beibringt. Der Gesetzgeber will jeden mit Strafe belegen, der einen Erfolg herbeiführt, der unerwüscht ist und der Gesellschaftsordnung zuwiderläuft.

Geyer meint nun, „unter Körperverletzung sei jede Einwirkung auf den Körper zu verstehen, welche ein körperliches Übelbefinden verursacht“ [2]). Diese Definition ist jedoch nicht klar genug, denn auch eine ärztliche Behandlung, in erster Linie durch chirurgische Operation, ist an sich durchaus geeignet, ein körperliches Übelbefinden des Behandelten, wenigstens zunächst, herbeizuführen.

Die vorstehenden kurzen Hinweise zeigen, daß es erforderlich ist einmal den objektiven äußeren Tatbestand bei

[2]) Geyer, Zur Revision der Bestimmungen des RStGB über Körperverletzung, GS 26, S. 273.

einer Körperverletzung im eigentlichen Sinne und bei einer ärztlichen Behandlung darzutun.

Ich schicke dabei voraus, daß ich jedesmal, wenn ich von „ärztlicher Behandlung" oder „ärztlicher Tätigkeit" spreche, dabei keineswegs voraussetze, daß die „Behandlung" oder die „Tätigkeit" seitens eines „approbierten" Arztes erfolgt. Darauf, ob und wann ein besonderer Unterschied zwischen einem approbierten und einem nichtapprobierten Heilkundigen gemacht werden muß, werde ich an späterer Stelle eingehen. Dagegen werde ich der Kürze halber den Roheitsakt stets mit „die eigentliche Körperverletzung" bezeichnen.

Wenn wir uns also einmal den Erfolg näher ansehen, den ein rauflustiger Messerheld bei einer eigentlichen Körperverletzung herbeiführt, so stellen wir stets mehr oder weniger gefährliche Wunden fest, die heftig bluten und oft auch heftige Schmerzen verursachen. Es braucht dies nun nicht unbedingt durch einen Messerheld geschehen zu sein, sondern die Wunde kann auch von einem durchaus ehrenwerten Menschen beigebracht worden sein, der sich gegenüber einem rechtwidrigen Angriffe des Verletzten in berechtigter Notwehr mit einem Messer verteidigte.

In beiden Fällen hat irgendein körperlicher Zustand des Verletzten keine Veranlassung zu der Verletzung gegeben. Es wäre doch im zweiten Falle durchaus denkbar gewesen, daß der Angegriffene den Wegelagerer durch Vorhalten einer Schußwaffe eingeschüchtert und in die Flucht geschlagen hätte.

Auch bei einer Operation finden wir Wunden, die einem Menschen mittels Messers beigebracht sind. Auch diese Wunden haben zunächst mehr oder weniger heftig geblutet, auch sie waren geeignet, dem Behandelten Schmerzen zu bereiten. Daß er infolge einer Narkose diese nicht spürte, ist gleichgültig. Denn die Verletzung braucht nicht unbedingt „zum Bewußtsein des Verletzten gekommen zu sein" [3]). Die Nar-

[3]) RGSt 29, 59. Vgl. RGSt 19, 139 und v. Liszt, Lehrb. d. Deutschen Strafrechts § 87 II 1 S. 317 „Schmerzempfindung ist in keinem Falle nötig".

kotisierung selbst ist, einmal für den Fall einer unberechtigten und ungerechtfertigten Vornahme betrachtet, durchaus geeignet, den Tatbestand einer Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff.StGB. zu erfüllen [4]), abgesehen von dem noch in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte einer Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 StGB.

Es ist auch folgender Fall denkbar. Ich habe ein Geschwür am Körper, das der Arzt für nötig hält aufgeschnitten zu werden. Er macht dies, drückt den Eiter aus, und das Geschwür verschwindet. Derselbe erfreuliche Erfolg kann auf eine ganz andere Art und Weise herbeigeführt worden sein. Ich gerate mit einem Dritten in einen Wortwechsel, in dessen Verlauf mein Gegner ein Messer zieht und nach mir sticht, mich aber nur leicht trifft, und zwar ausgerechnet an der Stelle des Geschwüres. Bei dem nunmehr entspinnenden Handgemenge wird das Geschwür geradezu kunstgerecht ausgedrückt, sodaß alle Fremdkörper abfließen. Vielleicht ist der Erfolg sogar mit einem erheblich geringerem Maße von Schmerzen für mich verbunden, weil ich keine Zeit hatte, auf diese zu achten. Man hört ja manchmal von einer Zufallsheilung.

Also jedes mal dieselbe Handlung: Schnitt mittels eines Messers, bewußt und gewollt am Körper ausgeführt und gegen ihn gerichtet; derselbe Erfolg: Wunde, Heilung. Aber eines ist nicht gemeinsam: der Zweck und die Absicht. Gerade auf dieses Unterscheidungsmerkmal ist von Anfang an hingewiesen worden. Der Arzt will heilen und der Messerheld will verletzen. Der Eine will tun, was alle Welt seit allen Zeiten für gut und wünschenswert gehalten hat, der Andere, was man mit allen erdenklichen Schutzmaßnahmen und durch Strafurteile einzudämmen und zu verhindern sucht.

Dieser innere Widerspruch hat in erheblicher Weise Veranlassung zu gelehrten Abhandlungen und Diskussionen in der Wissenschaft geführt. Man stritt sich darüber, ob einzig und allein die äußeren Merkmale, nämlich die jeweilige Ver-

[4]) Vgl. v. Liszt § 87 II 1 S. 317 „Betäuben (Chloroformieren)".

änderung des körperlichen status quo, maßgeblich seien, um eine Körperverletzung im Sinne des § 223 zu bejahen oder zu verneinen, oder ob auch das subjektive Moment des Zweckes oder wie man sonst dieses Moment bezeichnen mag, mit hinein gezogen werden müsse.

Die Beantwortung dieser Frage war natürlich von außerordentlicher Bedeutung. Vertrat man nämlich den Standpunkt, daß es zur Bejahung einer Körperverletzung nach § 223 nur auf die rein äußeren Merkmale der Handlung ankomme, so mußte man konsequenterweise auch die Operation begrifflich als eine solche Körperverletzung ansehen. Dann bestand die weitere Aufgabe lediglich darin, den Grund für die fehlende Rechtswidrigkeit dieser Körperverletzung zu suchen. Natürlich war man sich darüber einig, daß eine solche Körperverletzung weder strafbar noch überhaupt rechtswidrig war, sofern sie mit Einwilligung des Verletzten und ordnungsmäßig durchgeführt wurde.

Am bekanntesten ist zu dieser Frage die Entscheidung des 3. Strafsenats des Reichsgerichts vom 31. 5. 1894, in der in grundsätzlichen und für die folgende Rechtsprechung sämtlicher Gerichte grundlegenden Ausführungen die Ansicht vertreten wird, daß eine jede ärztliche Behandlung begrifflich den Tatbestand einer Körperverletzung erfülle, sofern sie den körperlichen status quo des Behandelten in irgend einer Weise verändere. Bei diesem Urteil handelte es sich um den Fall, daß ein Arzt einem Kinde einen Teil des Fußes wegen tuberkulöser Vereiterung des Fußwurzelknochens weggenommen hatte, ohne von dem Vater, der ein Anhänger der Naturheilkundee war, hierzu die Erlaubnis erhalten zu haben. Der Arzt hatte auf Grund seiner besseren Kenntnis das Verhalten des Vaters für töricht gehalten und angenommen, dieser werde nachher alles gut heißen. In der Tat gelang die Operation, alle tuberkulösen Merkmale verschwanden und das anfänglich schwächliche Kind entwickelte sich normal weiter. In Anbetracht dieser Tatsachen hatte das Landgericht den wegen Körperverletzung angeklagten Arzt freigesprochen.

Das Reichsgericht kam dagegen zur Aufhebung dieses Urteils, indem es sagt: „Zunächst erscheint es verfehlt, mit der Vorinstanz den zum Zwecke des Heilverfahrens vorgenommenen chirurgischen Eingriffen in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmaßen eines Menschen schon deswillen objektiv den Charakter einer unter § 223 fallenden ‚Mißhandlung' absprechen zu wollen, weil nach gewöhnlichem Sprachgebrauche unter ‚Mißhandlung' lediglich ein unangemessenes, schlimmes oder übles, niemals aber ein an sich vernünftiges und zweckmäßiges Handeln zu verstehen sei. Als man statt der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des Preußischen Strafgesetzbuches:

> wer vorsätzlich einen anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt,

die jetzige Formulierung des § 223 wählte:

> wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt,

wollte man mit den Ausdrücken ‚körperlich mißhandeln' im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen" [5]).

Auch Ebermayer meint, daß für eine Körperverletzung „maßgebend nur die Handlung in ihrer äußeren Erscheinung mit den ihr direkt und unmittelbar zukommenden Wirkungen auf den menschlichen Körper sei. Begrifflich sei als Mißhandlung jeder Eingriff in die körperliche Integrität und den körperlichen Organismus eines anderen aufzufassen, wenn dieser geeignet erscheine, bei demselben Schmerzgefühl hervorzurufen, körperliches Mißbehagen herbeizuführen, eine Störung des körperlichen Wohlbefindens zu verursachen. Ob der Operierte in der Narkose keinen Schmerz fühle, sei gleichgültig für den Begriff deer Mißhandlung. Eine mit Einwilligung vorgenommene Operation sei zwar nicht als Körperverletzung

[5]) RGSt 25 S. 377, 378.

strafbar, habe jedoch objektiv den Charakter der Mißhandlung und Körperverletzung“ [6]).

Ob diese Beweisführung, insbesondere die des Reichsgerichtes eine zwingende ist, auch soweit der § 187 des preußischen StGB. herangezogen ist, mag dahingestellt bleiben. Denn die Zahl der Anhänger dieser Theorie ist mindestens so groß, wie die der Gegner. v. Kitzinger z. B. liest aus dem Wortlaute des § 223 genau das Gegenteil von dem heraus, was das Reichsgericht herausgelesen hat. Er sagt nämlich, „es dürfe schließlich, wenn auch nur andeutungsweise, der Ansicht Ausdruck gegeben werden, daß ... der operierende Arzt vor der Strafsatzung der §§ 223 ff. durch deren Wortlaut gesichert sei, daß der Arzt durch seine auf Hebung des Gesundheitszustandes gerichtete Tätigkeit, vorausgesetzt, daß er nicht fahrlässig handele, den Kranken nicht an der Gesundheit beschädige, bedürfe keines Nachweises, allein er ‚mißhandele‘ ihn auch nicht ... Deshalb strafe der Gesetzgeber nur die ungehörige Behandlung, die körperliche Mißhandlung, der kunstgemäß operierende Arzt, auch wenn er aufs empfindlichste in unsere körperliche Unversehrtheit eingreife, behandele uns körperlich, allein nicht in ungehöriger Weise, er mißhandele uns nicht und dürfe schon deshalb straffrei bleiben“ [7]).

Stooß, der sich in eingehender Weise mit der Operation befaßt hat, glaubt zur Beurteilung aller Fälle mit folgendem Grundsatze auskommen zu können: „Die gelungene Operation gehöre nicht zu den berechtigten Verletzungen, weil sie überhaupt keine Verletzung zur Folge habe. Hier sei der Streit darüber, warum der Verletzungserfolg berechtigt sei, gegenstandslos. Wenn aber der Eingriff mißlinge und das halberblindete Auge nun ganz und auf immer verloren sei, so liege ein verletzender Erfolg allerdings vor“ [8]).

Nun ist gegenüber der Theorie von Stooß und von Kitzin-

---

[6]) Ebermayer, Aerztliches Operationsrecht S. 410.

[7]) v. Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, GS 55 S. 87.

[8]) Stooß, Operativer Eingriff und Körperverletzung ZfschwStrR 6, 54.

ger derjenigen des Reichsgerichts der Vorteil einer praktischen Brauchbarkeit nicht abzusprechen. Indem ich zu Gunsten der Ärzteschaft unterstellen kann, daß selten ein Arzt eine geradezu unsinnige Behandlung jemals anwenden, sondern stets eine mehr oder weniger zutreffende finden wird, gibt es für das Reichsgericht eigenlich nur eine befugte und eine unbefugte Behandlung. Wenn nun jede in den körperlichen Organismus eingreifende Behandlung eine Körperverletzung darstellt, sofern sie ohne Einwilligung des Verletzten vorgenommen wird, dann fällt eben ein besonderer Nachteil der Stooß'schen Theorie fort, daß „nur der Erfolg den operativen Eingriff rechtfertige" [9]). Denn einmal braucht jede Behandlung und insbesondere die Operation in schwereren Fällen manchmal eine geraume Zeit, nach deren Verlauf erst von einem Erfolg oder einem Mißerfolg gesprochen werden kann. Zweitens ist das Gericht nicht auf die Vernehmung von Sachverständigen angewiesen, die ihm zu sagen hätten, ob nun ein Erfolg oder ein Mißerfolg eingetreten ist. Ein Mißerfolg liegt ja wohl schon beim zwecklosen Eingriff vor, weil er den Gesamtorganismus, wenigstens vorübergehend, schwächte.

In allen diesen Fragen werden sich bestimmt in nicht seltenen Fällen die Meinungen mehrerer herangezogener Gutachter schroff gegenüber stehen. Im großen und kleinen Strafprozessen erlebt man es alle Tage bezüglich der Bejahung oder Verneinung der Voraussetzungen des § 51 StGB.

Selbst in Zivilprozessen wird die Frage nach der Angemessenheit und Ordnungsmäßigkeit eines Eingriffes laut. Meistens geschieht dies, wenn der Arzt seine Gebührenforderung einklagt und der Patient behauptet, die betreffende Behandlung sei schlecht oder überflüssig gewesen. Z. B. wurde einem Zahnarzte schlechte Zahnbehandlung vorgeworfen. Für den Gutachter ist es dann in der Regel ungemein schwer, nachher die Bedeutung des Eingriffes zu beurteilen. Um dies zu können, benötigt er unbedingt eine genaue Kenntnis des körperlichen Zustandes vor der Behandlung. Gerade diesen

[9]) Stooß, wie 8, S. 61.

wird er aber oft nicht eindeutig dargetan bekommen, noch viel weniger aber etwa selbst feststellen können.

Alle diese Nachteile dürfen natürlich nicht für die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Theorie sprechen, da Richtigkeit und Brauchbarkeit nicht miteinander identisch sind. Außerdem hat van Calker nicht Unrecht, wenn er sagt, daß „es dem Rechtsempfinden des Volkes ... zuwiderlaufe, einen zweckentsprechenden ärztlichen Eingriff als Mißhandlung anzusprechen“ [10]), eben aus dem Gesichtspunkte heraus, daß als objektive Körperverletzung „nur die Schädigung des Gesamtorganismus, nicht die isolierte Verletzung eines einzelnen Gliedes zu Gunsten des Gesamtorganismus angesehen werden könne“ [11]).

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände, und weil „der Wille, einen Patienten ärztlich zu behandeln, die Absicht des Behandelnden in sich schließt, den gesundheitlichen oder körperlichen Zustand des Patienten zu bessern oder gegen Gefahren zu schützen, und die Absicht, den Patienten nicht zu schädigen“ [12]), ist es verständlich, daß es bis heute trotz der Entwürfe zu keiner Einigung in der Begriffsdefinition gekommen ist. Dazu wird es wohl auch nie kommen und dazu braucht es auch nicht zu kommen. Graf zu Dohna ist nämlich zuzugeben, daß „der letzte Gegensatz der verschiedenen Auffassungen über das Problem, ob die Heilbehandlung sich überhaupt als Körperverletzung charakterisiere, als ein gänzlich belangloser erscheint. Denn es ist nicht viel mehr als ein terminologischer Streit, ob ich sage: die zu Zwecken der Heilung vorgenommenen Eingriffe sind nicht Verletzungen, oder ob ich sage: die zu Zwecken der Heilung vorgenommenen Verletzungen sind nicht rechtswidrig“ [13]).

Dieser Auffassung von Graf zu Dohna wird man sich unbedenklich bei der Erörterung der lex ferenda anschließen

---

[10]) van Calker, Strafrecht § 10 VI S. 31.
[11]) Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe in ZStW 44 S. 287.
[12]) Stooß, Die ärztliche Behandlung im Strafrecht S. 24.
[13]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 95 ff.

können. Mit dem Grundsatze kann man aber bei der lex lata nichts anfangen. Hier handelt es sich schon bei dem gelungenen Eingriffe darum, sich dafür zu entscheiden, ob man eine Körperverletzung annehmen will oder nicht. Daß ein an meinem Körper unbefugt vorgenommener, durchaus nicht dringlicher Eingriff erheblich in meine Rechtssphäre eingreift, bedarf keiner weiteren Erörterung. Der Staat muß dieses Vorgehen strafrechtlich sühnen. Wenn der Strafrichter also diesen Fall nicht nach § 223 StGB. bestrafen darf, bleibt nur eines der Delikte des 18. Abschnittes des StGB. übrig. In diesem Abschnitte sind in den §§ 234 bis 241 „die Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit" behandelt. In Betracht kommen hier unter den verschiedenen Tatbeständen die Freiheitsberaubung des § 239 und die Nötigung des § 240.

Um mit dem § 240 zu beginnen, so scheitert m. E. die Bejahung einer solchen Nötigung schon an einem wesentlichen Erfordernisse. § 240 verlangt nämlich, daß ein anderer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung „durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" genötigt wird. Dieser Fall mag vorkommen. In der Regel wird aber eine unbefugte Behandlung einen anderen Tatbestand haben. Beispielsweise nehme ich einmal an, daß ich wegen Wucherungen in der Nase meinen alten, bewährten Hausarzt aufsuche, der die Sache lediglich einmal nachsehen soll. Er tut es auch, nimmt aber gleichzeitig, ohne daß ich etwas ahne, mit einem einzigen Handgriffe seines Instrumentes die Wucherung weg.

Daß dieser Eingriff nur ein geringfügiger ist spielt natürlich für die Erörterung begrifflich keine Rolle. Hier fehlt zunächst einmal ganz bestimmt eine Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen. Es ist aber auch nirgends eine Gewaltanwendung zu erblicken. Die wäre vorhanden, wenn der Hausarzt etwa gutmütig sagte, wir wollen es sofort wegmachen, und seiner Assistentin trotz meines Sträubens aufgibt, mir den Kopf festzuhalten.

Meist wird sich jedoch der Arzt einer List bedienen, indem

er mich mit einer plötzlichen Handlung überrascht oder überhaupt einen anderen Eingriff vornimmt, als er mir vorher gesagt hatte. Jedenfalls fehlt auch in einem solchen Falle jedes Merkmal einer Gewaltanwendung. Denn List ist nicht gleich Gewalt.

Es ist allerdings zuzugeben, daß auch die Beibringung einer kleinen Wunde Inhalt einer Gewaltanwendung sein kann und daß diese Gewaltanwendung erst durch die List ermöglicht wurde. Jedoch ist zu betonen, daß die die Nötigung darstellende Handlung, Duldung oder Unterlassung erst durch die Gewaltanwendung bewirkt wird. Z. B. ist eine Nötigung bejaht worden, wo die Hauswirtin die abgeschlossene Wohnung abriegelte und auf diese Weise ihren mit der Miete rückständigen Untermieter zwang, des Nachts außerhalb der Wohnung anderwärts zu schlafen. Das Abriegeln der Wohnung als Mittel verursachte die Unmöglichkeit des Betretens der eigenen Wohnung und das Übernachtenmüssen an anderer Stelle als Wirkung.

Im Falle des erlisteten Eingriffs sind aber das verursachende Mittel und die Wirkung identisch. Der Eingriff wäre sowohl verursachendes Mittel (Gewalt), als auch Wirkung (der geduldete Eingriff als Inhalt der Nötigung). Ob auch das zur Bejahung einer Nötigung nach § 240 ausreicht, muß zum mindesten als zweifelhaft erscheinen.

Auch über das Vorliegen einer Freiheitsberaubung nach § 239 kann man mit guten Gründen streiten. Freiheitsberaubung ist eigentlich nur die bewußte und gewollte Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit. Gerade auf sie muß sich der Vorsatz erstrecken, und es ist schon fraglich, ob ein solcher Vorsatz vorhanden ist [14]). Der unbefugt Operierte hat nämlich in der Regel von vornherein mit einer gewissen Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit als notwendiger Folge der Behandlung gerechnet und in sie eingewilligt. Wenn ihm

[14]) Vgl. bei Köhler § 25 I 1,2 S. 257 die Ausführungen über den notwendigen Inhalt eines krim. Vorsatzes.

nun auch eine grundverschiedene Behandlung zuteil geworden ist, so ist der Erfolg doch derselbe geblieben.

Überhaupt ist jede Handlung, die sich gegen meinen Körper richtet, in erster Linie natürlich die eigentliche Körperverletzung, naturnotwendig dazu angetan, meine persönliche Bewegungsfreiheit zu beschränken. Wenn ein Wegelagerer mich im Walde niedergeschlagen hat, daß ich längere Zeit bewußtlos liegen bleibe, wird niemand daran denken zu sagen, der Wegelagerer habe an mir eine Freiheitsberaubung begangen. Ein zwingender logischer Unterschied besteht zu diesem Punkte aber gegenüber der unbefugten Behandlung nicht.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus können m. E. die §§ 239, 240 StGB. nicht in Betracht kommen [15]), muß zum mindesten ihre Anwendung als zweifelhaft erscheinen. Diese Erörterungen zeigen jedoch auch, daß das StGB. abgesehen von den §§ 223 ff. keine auf die ärztliche Tätigkeit passende Bestimmung hat. Demnach muß man vielleicht bei der gelungenen und befugt ausgeführten Behandlung von einer juristisch indifferenten Handlung sprechen. Dies ist durchaus nichts Absonderliches, ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß, abgesehen von der Heilungsabsicht des Arztes oder der besonderen Heilbedeutung der Behandlung für den menschlichen Körper, die rein äußere Tätigkeit des Arztes durchaus auf die §§ 223 ff. StGB. paßt.

Es bleibt demnach die lege lata nur noch nach dem Grunde zu fragen, der die Behandlung als solche oder den Arzt rechtfertigt. Es ist dies die Frage nach der Rechtswidrigkeit. Rechtswidrig ist die Handlung, die in Übereinstimmung mit dem Rechtsempfinden des Volkes mit Strafe bedroht ist. Dieselbe an sich zwar mit Strafe bedrohte Handlung wird jedoch trotzdem unter besonderen Umständen vom Rechtsempfinden des Volkes als recht und billig empfunden. Sie ist dann meist auch nicht rechtswidrig. Z. B. ist die Tötung

[15]) Gl. M. auch v. Lilienthal, Die pflichtm. ärztl. Handlung und das Strafrecht S. 41.

eines Menschen in der Form des Mordes dem Rechtsempfinden eines jeden zuwider. Ist die Tötung jedoch in Ausübung berechtigter Notwehr begangen, so würde niemandem ein Gedanke an eine strafbare Handlung kommen. Dies äußert sich schon darin, daß man nicht mehr von Mord, sondern nur von einer Tötung spricht. Dieses Rechtsempfinden ist so natürlich und selbstverständlich, daß es sogar im § 53 des StGB. seinen Niederschlag im geschriebenen Rechte gefunden hat.

Ähnliche Gedanken waren auch bei der Erörterung der ärztlichen Tätigkeit maßgeblich. Allerdings waren da die Gründe, die man für die ärztliche Behandlung und den Arzt ins Feld führte, recht verschieden. Köhler sieht in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht den Rechtfertigungsgrund in der Einwilligungserklärung des zu Behandelnden [16]). Graf zu Dohna hält dieser Auffassung entgegen, daß „bei dieser Argumentation Bedingung und Rechtsgrund der Sraflosigkeit des Arztes verwechselt werde, nämlich daß der Wille des Patienten zwar in der Regel das Behandlungsrecht des Arztes auslöse, aber deshalb nicht erst begründe“ [17]). Diese Schlußfolgerung von Graf zu Dohna ist m. E. nicht zwingend. Daß das Behandlungsrecht des Arztes durch die Einwilligungserklärung erst ausgelöst wird, ist selbstverständlich. Weder Köhler, noch sonst jemand, wird dies bezweifeln. Aber weshalb sollte die Einwilligung nicht zwei Eigenschaften besitzen? Weshalb sollte sie nicht geeignet sein, der Handlung auch noch die Rechtswidrigkeit zu nehmen?

Wie diese Frage zu beantworten ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls war dies nicht der einzigste Rechtfertigungsversuch. Kahl sieht die Rechtfertigung des Arztes „in seinem staatlich anerkannten Berufsrechte, wonach der im ärztlichen Stand organisierte Zweck eines wichtigen Teiles der Wohlfahrtspflege der Generalrechtstitel sei“ [18]). Dieser Theorie Kahl's ist in erster Linie vorgeworfen worden, daß der Beruf

[16]) Köhler, Deutsches Strafrecht § 33 II S. 405 ff.
[17]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 98.
[18]) Kahl, der Arzt im Strafrecht in ZStW 29 S 368.

der Heilkunde von jedem ausgeübt werden könne, der gerade Lust dazu habe. Denn die Ausübung der Heilkunde ist durch die Gewerbeordnung nicht etwa beschränkt auf den approbierten Arzt. Auch die Heilkunde fällt unter den Hauptgrundsatz der Gewerbeordnung, nämlich den der Gewerbefreiheit.

Kahl sagt nun aber nicht, ob das einen Rechtfertigungsgrund darstellende Berufsrecht nur auf den approbierten Arzt beschränkt sein soll oder ob es über diesen hinaus sich auch auf jeden ertreckt, der „in Medizin praktiziert"[18]). Man würde Kahl's Theorie vielleicht noch unterschreiben können, wenn man nur noch die sogenannten Homöopathen einrechnete, die in der Regel keine medizinisch-wissenschaftliche Ausbildung genossen haben. Sie stehen nicht selten in einem hohen angesehenen Rufe und werden von anerkannten medizinischen (ärztlich approbierten) Kapazitäten oft durchaus ernst genommen. Ich brauche da nur die allzu bekannten Namen Kneipp und Felke zu nennen. In neuester Zeit erregt ja gerade der Gallspacher „Wunderdoktor" erhebliches Aufssehen, der die Behandlung vieler Leiden mittels einer besonderen Art von elektrischen Hochfrequenzströmen vornimmt.

Nun wird Kahl sicherlich seine Theorie auf die vorgenannten Heilkundigen beschränkt wissen wollen. Aber übt nicht auch der sogenannte Kurpfuscher Heilkunde aus? Ist dies nicht auch sein Beruf? Wie oft gerade seine „Behandlung" zu einer wahren Körperverletzung für den „Behandelten" wurde, ist nur zu bekannt.

Deshalb meint v. Lilienthal, der im ärztlichen Berufe staatlich organisierte Zweck sei der hier maßgebliche Gesichtspunkt. Bei der ärztlichen Tätigkeit handle es sich nämlich um die Verwirklichung eines Teiles der staatlichen Wohlfahrtspflege [20]). Dieser an sich vielleicht beachtliche Gesichtspunkt erscheint mir aber nicht zutreffend. Wenn er richtig

[18]) Kahl, der Arzt im Strafrecht in ZStW 29, S. 368.
[19]) v. Lilienthal, Der Zweck als Straf- und Schuldmoment S. 443.

wäre, dann wäre auch die zu Erziehungszwecken dem Minderjährigen verabfolgte Tracht Prügel keine Körperverletzung im Sinne des § 223. Daß bei der Prügel eine Körperverletzung begangen wird, liegt schon darin, daß sie ein gewisses Maß von Schmerzen bereiten soll, um eben die Erziehung recht eindringlich und gründlich zu gestalten. Allerdings ist eine solche Körperverletzung de lege lata, wie die lege ferenda, soweit sie von den Eltern verabfolgt wird, nicht rechtswidrig.

Eine wohlerzogene und ordentliche Jugend ist nun ebenfalls eine staatlich soziale Aufgabe. Dies zeigt sich schon darin, daß ein gefährdetes oder mißratenes Kind den Eltern weggenommen und zwangsweise an anderer Stelle erzogen werden kann. An einem ordentlichen Staatsbürger hat der Staat aber ein ebensolches Interesse, wie an einem körperlich gesunden. Der staatliche soziale Zweck kann also ein geeignetes Rechtfertigungsmittel nicht sein.

Auch der vom Arzte persönlich verfolgte Zweck der Heilung ist nicht maßgeblich. Denn „das Motiv einer Handlung ist schon nach dem prinzipiellen Standpunkte unseres Strafrechts als eine auf die Person des Handelnden beschränkte, auf den von der Handlung Betroffenen sich nicht erstreckende Seite des subjektiven Tatbestandes, bei Würdigung der objektiven Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit nicht zu beachten“ [20]).

Richtiger erscheint mir dann schon die Erklärung von Graf zu Dohna zu sein. Er hat die Theorie des realen Zweckes der ärztlichen Behandlung aufgestellt. Sie bedeutet, daß daran „festzuhalten sei, daß die gewissenhafte Überzeugung des besonnenen und sachkundigen Arztes von der Notwendigkeit eines operativen Eingriffs diesen letzteren als berechtigt und nicht lediglich den Arzt als schuldfrei erscheinen lasse. Die objektive Rechtswidrigkeit sei auch hier bedingt durch die subjektive Pflichtwidrigkeit ... Weil und soweit die vorgenommenen‚Verletzungen‘ die richtigen Mittel zu richtigen Zwecken seien, beruhe hierauf ihre Exemption vom Straf-

[20]) Behr, Medizin und Strafrecht GS 62 S. 403.

gesetz. Ob sie es seien, darüber entscheide die pflichtgemäße Überzeugung des besonnenen Arztes“[21]).

Endlich sei noch der „ärztlichen Norm“ Behr's Erwähnung getan. Sie gibt ihm den „Maßstab zur Beurteilung der Erfordernisse der Straflosigkeit, bezw. ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit“ ab[23]). Danach ist jeweils zu prüfen, ob bei der Behandlung „die Summe aller derjenigen Regeln beobachtet ist, welche auf Grund medizinisch wissenschaftlicher Überzeugung und Übung gewissenhafter und gebildeter Ärzte die Richtschnur für ein objektiv richtiges Handeln jedes Arztes bilden soll“[22]),

Zu den verschiedenen Theorien ist nun zu sagen, daß die von Köhler und dem Reichsgericht vertretene Einwilligungstheorie durchaus die klarste insofern ist, als stets einwandfrei festzustellen sein wird, ob der Behandelte in die Behandlung eingewilligt hatte oder nicht. Bei den anderen Theorien ist es letzten Endes ein Streit um Worte, ob ich nun von ärztlicher Norm, sozialem Zweck oder realem Zweck spreche. Denn in allen Fällen kommt es doch jedesmal auf die Angemessenheit der Behandlung an, die stets nur von einem Mediziner beurteilt und festgestellt werden kann. War also die Operation unsachgemäß, so war sie auch nicht zur Erfüllung einer sozialen Aufgabe geeignet. Sie entsprach nicht der ärztlichen Norm und sie war auch nicht in sich selbst vernünftig. Diese Theorien besagen also eigentlich alle dasselbe.

Die eigens aufgeworfene Frage über die Bedeutung der Entwurfsvorschläge (überflüssig oder nicht) kann also eindeutig nicht beantwortet werden, da die vorgetragenen verschiedenen Ansichten sich zu schroff gegenüber stehen. Es dürfte auch unfruchtbar sein, den Streit kategorisch dadurch abzuschneiden, daß die Verfasser des Entwurfs, bezw. eines neuen Strafgesetzbuches irgend einer der verschiedenen Ansichten zum Siege verhülfen. Auch hier wird, wie stets im Leben, das Beste sein, weise einen Mittelweg einzuschlagen.

[21]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 106.
[22]) Behr, wie zu 20 S. 410.

Wenn ich nun dazu übergehe, die Frage des ärztlichen Eingriffs im Lichte der Entwürfe und insbesondere des E 27 zu behandeln, so sind dabei natürlich im besonderen Maße die Wünsche und Meinungen der Ärzteschaft zu berücksichtigen. Schon im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts befaßten sich zahlreiche Ärztekammern Preußens und Hamburgs mit der Frage der Strafbarkeit und Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs. Sie sind 1908 von Heimberger gesammelt und mitgeteilt worden [23]). Heimberger glaubte aus den verschiedenen Vorschlägen den Schluß ziehen zu müssen, daß es der Ärzteschaft wesentlich darauf ankomme, ihre Tätigkeit nicht als Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB. betrachtet zu wissen.

Über diese Schlußfolgerungen Heimbergers kann man streiten. Denn die Vorschläge beginnen fast durchweg: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn . . ." oder „die Handlung ist straflos, wenn . . .". Es ist deshalb durchaus ebensogut möglich, daß es den Ärzten weniger auf die Aufstellung einer Begriffsdefinition ankam, als vielmehr darauf, vor Strafe oder überhaupt schon vor der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens seitens der Staatsanwaltschaft in Fällen geschützt zu sein, die schlechthin eine Strafe nicht verdienten. Es erscheint auch mehr als fraglich, ob Mediziner trotz des Bewußtseins mangelnder juristischer Fachkenntnisse die Frage des ärztlichen Eingriffs der Definition nach erörtern wollten. Dies ist eigentlich nur dem Fachjuristen möglich, der sich selber in einer Spezialfrage, wie sie das Recht des Arztes eine solche darstellt, durch das Studium der hierzu erschienenen Spezialliteratur einarbeiten muß.

Wie gesagt, wollte der Mediziner m. E. lediglich Fälle sagen, in denen er die Möglichkeit einer Bestrafung als ungerechtfertigte Härte und evtl. auch als ein Hemmnis einer gesunden Weiterentwicklung der medizinischen Wissenschaft ansah. Daneben ist in den Vorschlägen der Ärzteschaft auch nicht die Eigenschaft einer parteilichen Stellungnahme abzu-

[23]) Heimberger, VDA IV S. 39 ff., Berufsrechte u. verwandte Fälle.

sprechen. Denn ähnlich wie im Zivilprozeß bilden Arzt und Patient gewissermaßen zwei sich gegenüberstehende Parteien. Es sind also auch die Interessen der „Patientenschaft" als der anderen Partei gebührend zu berücksichtigen, die davor geschützt sein will, zum unbeachtlichen Objekt medizinischen Betätigungs- und Forschungsdranges herabzusinken. Der beiden Parteien gewissermaßen als der neutrale Dritte gegenüberstehende Jurist hat also zwischen den Parteien Rechte und Pflichten weise zu verteilen.

Der letzte Entwurf von 1927 hat nun zunächst in § 263 folgende Bestimmung aufgestellt:

> Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperletzungen im Sinne dieses Gesetzes.

Eine solche Bestimmung ist auffallenderweise von den älteren Autoren ausdrücklich nie gefordert worden. Auch die früheren Entwürfe von 1909 bis 1919 weisen keine Bestimmung solchen oder ähnlichen Inhalts auf. Erst der sogenannte Amtliche Entwurf von 1925 brachte im § 238 eine Bestimmung wörtlich gleichen Inhalts.

Ich will einmal unterstellen, daß diese Bestimmung Gesetz wird. Daß es je bei dem § 223 StGB. bleiben wird, ist nicht anzunehmen. Die Gegnerschaft gegen die Stellungnahme des Reichsgerichts ist zu groß geworden, als daß sie bei den Verhandlungen über den Entwurf, der diese Gegnerschaft ja ausdrücklich durch den besonderen § 281 berücksichtigt hat, unbeachtet bleiben könnte. Es wäre aber ein anderes möglich gewesen, nämlich den Wortlaut des derzeitigen § 223 so zu verallgemeinern, daß ihm die Eigenschaft oder die angebliche Eigenschaft eines Roheitsdeliktes nicht mehr anhaftete. Man könnte also z. B. den § 223 folgendermaßen neu fassen:

> Wer vorsätzlich oder fahrlässig die körperliche Unversehrtheit eines andern beeinträchtigt, ohne dazu befugt zu sein, wird ... bestraft.

Schon 1873 hatte von Tippelskirch zu dieser Frage Stel-

lung genommen und eine Bestimmung folgenden Inhalts vorgeschlagen:

> Wer unbefugt oder mit Überschreitung seiner Befugnis einem anderen vorsätzlich eine Körperverletzung zufügt, wird ... bestraft.

Denn er ging unter ausdrücklichem Hinweis auf den Arzt davon aus, daß „unter Körperverletzung jede Einwirkung auf den Körper zu verstehen sei, welche Schmerz, Ekel, oder ein anderes körperliches Übelbefinden verursache“ [24]).

Selbst wenn ich für meinen Vorschlag vielleicht in Anspruch nehmen darf, daß er denkbar einfach ist und, m. E. ein besonderer Vorteil, den medizinischen Gutachter in allen Fällen einer eigenmächtigen Heilbehandlung überflüssig macht, so ist der Ruf nach der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ als besonderer neuer Strafbestimmung so allgemein geworden, daß man eben um diese Bestimmung nicht mehr wird herumkommen können. Aber sie ist auch aus verschiedenen anderen Gründen daseinsberechtigt. Einmal verdient die schuldige Achtung vor dem ärztlichen Berufe und seinen ihrer Verantwortung bewußten ordentlichen Vertretern eine Sonderstellung vor dem Rohling durch eine besondere Bestimmung. Außerdem ermöglicht gerade die Bestimmung des § 263 eine reinliche Scheidung zwischen dem verantwortungsbewußten und, in besonderer Hinsicht auf den noch zu erwähnenden Kurpfuscher, dem verantwortungslosen Heilkundigen. Sie gestattet auch bezüglich der später noch zu erörternden ärztlich gebotenen Unterbrechung der Schwangerschaft eine besondere Hervorhebung des approbierten Arztes.

Die Bestimmung des § 263 ist deshalb zweckmäßig und zu begrüßen. Auch ihr Wortlaut scheint mir glücklich getroffen. Denn aus ihr ist zu Gunsten der Ärzteschaft zu entnehmen, daß, abgesehen von Sonderfällen, prinzipiell nicht der Erfolg es ist, auf den es bei der Behandlung einer Krankheit ankommt. Es ist ja mehr als einmal in der Fachliteratur hervor-

[24]) v. Tippelskirch, GS 25 S. 307.

gehoben worden, daß eine ärztlich gebotene Operation durch unvorhergesehene und unvorzusehende Umstände den an sich zu erwartenden Erfolg nicht zeitigte. Der Arzt braucht also bei und nach einer Operation, die er nach bestem Wissen und Gewissen für angezeigt hielt, nicht ängstlich zu warten, ob und bis ein ihn und seine Behandlung rechtfertigender Erfolg eintritt. Auf der anderen Seite steht dann aber auch fest, daß eine unvernünftige Behandlung stets eine Körperverletzung bleiben wird, solange sie nicht der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprach.

In dieser Feststellung liegt noch ein weiteres Gutes. Der Arzt ist verpflichtet, sein Wissen und seine Fähigkeiten nach Möglichkeit dem neuesten Stand der medizinischen Wissenschaft anzupassen. Er ist keineswegs berechtigt, wenn er sich nach glücklich erteilter Approbation irgendwo als geradezu von der Außenwelt abgeschlossener Landarzt niedergelassen hat, nun bis zu seinem Lebensende Behandlungen nach den ihm anfangs beigebrachten Methoden zu erteilen. Eine Behandlungart, die vor 30 Jahren als gut und angemessen galt, ist dies nicht mehr, wenn man heute erkannt hat, daß sie diese Eigenschaften doch nicht im vollen Umfange verdient. Diese Behandlung ist auch dann nicht mehr angemessen, wenn man inzwischen eine allgemein als besser anerkannte gefunden hat.

Endlich gibt auch keineswegs das Urteil des jeweils behandelnden Arztes den Maßstab für die Beurteilung der Behandlung ab, sondern das Urteil der jeweiligen Ärzteschaft insgesamt ist maßgeblich. Es kommt auf die Beurteilung des Eingriffs im Lichte der neueren medizinischen Erkenntnis an. Wachenfeld ist deshalb nicht zuzustimmen, wenn er noch 1914 sagte, daß „ein Dorfarzt auch dann nicht bestraft werden könne, wenn er (zwar) nach bestem Wissen und Gewissen behandelt habe, die Operation aber nach dem neuesten Stande der Wissenschaft in anderer Weise oder in einem solchen Falle überhaupt nicht mehr ausgeführt werde [25]).

[25]) Wachenfeld, Lehrbuch d. Deutsch. Strafrechts § 38 II S. 129/130.

Im Gegenteil würde ein solcher Arzt durchaus zu bestrafen sein, und zwar wegen Körperverletzung.

Hier zeigt sich auch wieder die Bedeutung der Theorie von Graf zu Dohna. Denn die Behandlung des alten rückständigen Arztes ist keine Behandlung mehr im medizinischen Sinne, da sie, gemessen an dem Grade der neuesten medizinischen Erkenntnis, keinen vernünftigen inneren realen Zweck mehr besitzt.

Wachenfeld's Ansicht bejahen hieße auch das Gleichgewicht zwischen Arzt und Patient erheblich zu Ungunsten des Patienten verschieben. Der Patient würde sich mit Recht wundern, wenn sein „Arzt" freigesprochen würde, trotzdem nachher sich die Unsinnigkeit der Behandlung herausstellte. Bei kleineren Eingriffen macht sich das natürlich nicht so bemerkbar. Aber man bedenke einmal, daß einem werktätigem Manne wegen irgend eines akuten Defektes ein Arm oder ein Bein abgenommen würde, obwohl man schon seit mehr als 10 Jahren geeignete Mittel kannte, das Leiden ohne Amputation des betreffenden Gliedes zu heilen. Der Mann wäre grundlos zeitlebens zum Krüppel gemacht und könnte nicht mehr seiner erlernten, vielleicht jahrzehntelang nachgegangenen Beschäftigung obliegen.

Oft hört man den Vorwurf, daß ein Richter in seiner Urteilsbegründung rückständige und unwirtschaftliche Paragraphenanschauungen vertrat, daß sogar die Justiz mit ihrer Gesetzgebung der Zeit nachhinke. Was würde man gar von einem unterinstanzlichen Richter sagen, der in seiner Entscheidung ein grundlegendes und der Zeitverhältnissen gerecht werdendes Reichsgerichtsurteil nicht berücksichtigte! Die vorgesetzte Dienstbehörde würde mit Recht im Wiederholungsfalle Bedenken in seine Richtereignung ziehen und schließlich sicherlich seine Entfernung aus dem Richteramte beschließen.

Von wieviel größerer Bedeutung sind diese Erwägungen beim Arzte, dem ich meinen Körper, meine Gesundheit anvertraue! Der Arzt hat deshalb auch die Pflicht mit der

Zeit mitzugehen und nicht auf dem einmal eingenommenen Standpunkte unbeweglich stehen zu bleiben. Will er rückständig bleiben, so mag er auch trotz besten Willens Gefahr laufen, eines Tages wegen Körperverletzung angeklagt und verurteilt zu werden.

Zum § 263 E 27 möchte ich nun noch einen besonderen Fall erwähnen. Ich komme dabei wieder zurück auf den alten zurückgebliebenen Arzt. Dabei war natürlich das Beispiel mit dem umsonst amputierten Gliede ein besonders krasses. Es ist möglich, daß dieser Arzt ein inzwischen bewährtes Medikament nicht kennt und eine Krankheit nach seiner alten Methode heilt. Ich betone dabei ausdrücklich „heilt", und zwar soll die Heilung so erfolgt sein, daß der Enderfolg derselbe ist, wie er auch bei Anwendung des neuen Mittels gewesen wäre. Wir können da den Tatbestand haben, daß der alte Arzt zur Heilung einer Krankheit etwa 6 Wochen brauchte, während die Heilung mit dem neuen Mittel schon in 2 Wochen erfolgt wäre. Dem Kranken wären also ein längeres Zubettliegen, vielleicht auch Schmerzen und sonstige Unannehmlichkeiten erspart geblieben.

Nun handelt es sich, wie man sieht, jeweils nur um Folgen der Krankheit selbst, nicht aber um solche, die etwa durch ein vorgängiges Verhalten des Arztes bedingt waren. Wir haben also, in der Juristensprache gesprochen, bei dem Verhalten des Arztes evtl. ein echtes Unterlassungsdelikt vor uns. Ein solches ist stets gegeben, wenn der „Handelnde" zum Handeln verpflichtet war, wobei diese Pflicht auf Vertrag und Gesetz beruhen kann. Ein solcher Vertrag besteht in der Tat zwischen Arzt und Patient, nämlich ein Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB. Kraft dieses Dienstvertrages ist der Arzt verpflichtet, vollwertige Dienste zu leisten, und zwar nicht solche, wie er sie als tätiger Arzt als vollwertig ansieht, sondern solche, wie sie von einem moderen Druchschnittsarzt als vollwertig angesehen werden. Bestand nun die Dienstleistung in der Beseitung einer Krankheit oder in der Linderung von Schmerzen, so bedeutet die verzögerte Her-

beiführung dieses Erfolges so viel wie eine unmittelbare Verursachung einer Gesundheitsbeschädigung, bezw. einer Schmerzzufügung.

Das bekannteste Beispiel hierzu ist die Mutter, die ihr Kind nicht nährt, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre, sodaß das Kind verhungert, bezw. verdurstet. Hier ist die Mutter wegen fahrlässiger Tötung, evtl. wegen Mordes zu verurteilen. Auch der Arzt, der die Behandlung einer Krankheit übernommen hat, ist — vertraglich — verpflichtet, die Krankheit entsprechend dem neuesten oder zum mindesten neueren Stande medizinischer Erkenntnis zu behandeln. Tut er das aber nicht und verzögert er dadurch die Genesung des Kranken, so begeht er damit eine Heilungsverzögerung, die der Verursachung einer Gesundheitsbeschädigung gleichsteht.

Entsprach also in allen derartigen Fällen die Behandlung oder der Eingriff nicht der Übung eines gewissenhaften Arztes, so ist der Arzt trotz schließlicher Herbeiführung der Gesundheit des Behandelten wegen Körperverletzung zu bestrafen. Allerdings hat der Richter es dann in der Hand, immer noch die bona fides des Arztes und sonst etwa zu seinen Gunsten mitsprechende Umstände gebührend zu berücksichtigen. Der Strafrahmen des § 259 E 27 gibt dem Richter ja die Möglichkeit zu einer denkbar geringen Strafe, da § 259 Gefängnis bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe androht. Der Richter könnte also gemäß § 37 E 27 die geringste Strafe von Mk. 3.— verhängen; ja er könnte sogar gemäß § 259 Abs. 2 in besonders leichten Fällen von Strafe überhaupt absehen.

Ein Freispruch des Arztes würde dann allerdings doch nicht erfolgen, da § 259 Abs. 2 lediglich sagt, daß von Strafe abgesehen werden könne. Ein solches Urteil würde demnach, wenn nicht vorher das Verfahren gemäß § 153 StPO. eingestellt werden sollte, etwa folgendermaßen aussehen: „Der Angeklagte wird der Körperverletzung für schuldig erklärt,

jedoch wird von Strafe abgesehen. Er trägt die Kosten des Verfahrens."

Im Vorstehenden habe ich einen Fall behandelt, bei dem deshalb eine Körperverletzung gemäß § 259 angenommen wurde, weil die fragliche Behandlung nicht dem neuesten oder neueren Stande ärztlichen Wissens entsprach. Trotz der jeweils zu unterstellenden bona fides des rückständigen Arztes entbehrt ein solcher Fall doch nicht eines Verschuldens des Behandelnden. Dieses Verschulden besteht darin, daß der Behandelnde es unterlassen hat, sein ärztliches Wissen zu erweitern und mit der Zeit mitgehen zu lassen. Dieser Umstand war es gerade, daß seine Behandlung nicht mehr der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprach.

Wesentlich verschieden hiervon ist der sogenannte ärztliche Kunstfehler. Ein solcher ist gegeben, wenn ein Arzt in seiner Diagnose einen bestimmten medizinischen Tatbestand für vorhanden hielt, während die begonnene Operation einen anderen zeitigte. Z. B. nehme ich einmal theoretisch an, daß ein Arzt bei einem plötzlich von heftigen Schmerzen befallenen Menschen eine akute Blinddarmentzündung annimmt, während es sich in Wirklichkeit um ein akutes Auftreten eines chronischen Gallenleidens handelte. Ich unterstelle hierbei natürlich, daß der betreffende Arzt durchaus alle besonderen äußeren Umstände des Falles berücksichtigte und dabei keine anerkannte medizinische Regel und Erkenntnis außer Acht ließ und daß endlich einem jeden anderen Durchschnittsarzte im gleichen Falle ein gleicher Irrtum hätte unterlaufen können.

Hier ist die erste Frage die, ob eine solche irrtümlich unrichtige Behandlung noch durch § 263 gedeckt ist oder nicht. Denn man kann vielleicht streng genommen sagen, daß den Arzt der § 263 nicht schützt, weil diese Behandlung nicht geeignet war, das Leiden zu lindern, indem sie auf den gegebenen wirklichen Krankheittatbestand nicht paßte. Für die befugt ausgeführte Behandlung mag die Beantwortung der Frage nicht so wesentlich sein. Sie bekommt jedoch eine be-

sondere Bedeutung dann, wenn sie obendrein noch unbefugt ausgeführt worden ist. Nimmt man nämlich in einem solchen Falle an, daß der ärztliche Kunstfehler nicht durch § 263 gedeckt ist, so ist der Arzt, der eine solche Behandlung unbefugt ausführt, wegen Körperverletzung nach § 259 zu bestrafen. Andernfalls kommt für ihn nur die Bestimmung des § 281 E 27 über die eigenmächtige Heilbehandlung in Frage. Für den Arzt ist es aber natürlich angenehmer, wenn schon einmal, dann nur wegen eigenmächtiger Heilbehandlung, denn wegen Körperverletzung bestraft zu werden. Stooß z. B., der prinzipiell der Ansicht ist, daß „ nur der Erfolg den operativen Eingriff rechtfertige" [25]), kommt dann aber mit Bezug auf den ärztlichen Kunstfehler zu dem Schlusse, daß „der in entschuldbarem Irrtume vorgestellte Erfolg dem wirklichen Erfolge gleichstehe" [26]). Ob diese Schlußfolgerung von Stooß berechtigt ist, soll dahingestellt bleiben. Man kann in ihr aber einen der verschiedenen Versuche erblicken, mit dessen Hilfe man den ärztlichen Kunstfehler in der strafrechtlichen Beurteilung auf eine gleiche Stufe mit der gelungenen Behandlung stellen wollte. Dies erscheint mir auch durchaus berechtigt. Denn irren ist menschlich; und selbst der tüchtigste Arzt wird nicht für sich in Anspruch nehmen wollen, nun in jedem Falle die allein richtige Behandlungsart sofort gefunden zu haben.

Man darf deshalb den entschuldbaren ärztlichen Kunstfehler nicht anders betrachten, als die gelungene Behandlung. Auch der ärztliche Kunstfehler stellt trotz Ungeeignetheit noch eine angemessene ärztliche Behandlung dar. Solange ein besonderer Tatbestand dazu geeignet erscheint, einen Arzt trotz Beobachtung aller Momente und medizinischer Regeln zu einer unrichtigen Diagnose und deshalb zu einer ungeeigneten Behandlungsweise zu veranlassen, solange erscheint diese Behandlung auch als eine solche, daß sie der Übung eines gewissenhaften Arztes entspricht.

[26]) Stooß, Operativer Eingriff und Körperverletzung, ZfschwStrR 6,61.

Damit ist dann auch die Frage beantwortet, wie eine solche Behandlung strafrechtlich zu würdigen ist, wenn sie unbefugt ausgeübt wird. Nun, dann haben wir die sogenannte eigenmächtige Heilbehandlung gemäß § 281 und keine Körperverletzung gemäß § 259.

Endlich ist es möglich, daß ein Arzt eine unrichtige Diagnose stellt und dazu eine Behandlung wählt, die diese Diagnose nicht rechtfertigte, die aber glücklicherweise geeignet war, eine angemessene Behandlung des wahren Krankheitstatbestandes zu bilden. Die Frage nach der Beurteilung eines solchen Falles beantwortet sich jedoch leicht: es fehlt nicht nur an einem strafrechtlich beachtlichen Erfolge, sondern auch an einem solchen Mittel. Denn dieses war in Wahrheit sogar das richtige Mittel zur Heilung der Krankheit.

Dagegen haben wir weder einen ärztlichen Kunstfehler, noch paßt der Satz, daß nicht der Enderfolg einer Behandlung diese rechtfertige, wenn ein Arzt einen Kranken zwar theoretisch richtig behandelt, die Behandlung aber den Kranken nicht mehr retten kann. Jemanden, der infolge eines Unfalles auf den Tod verletzt ist, dessen Eintritt nur eine Frage von wenigen Stunden ist, trotzdem noch einer Operation zu unterziehen, wäre nicht nur völlig zwecklos, sondern vielleicht sogar noch mit unnötigen Schmerzzufügungen verbunden. Außerdem wäre eine solche Operation nur dazu angetan, den Blutverlust und die Schwäche des Verletzten zu mehren. Solange ein Eingriff in einem derartigen Falle nicht wenigstens etwas Hoffnung auf eine etwa doch mögliche Rettung des Verletzten bietet, solange ist ein solcher Eingriff auch nicht mehr entsprechend der Übung eines gewissenhaften Arztes. Denn die Verschlimmerung eines pathologischen Zustandes bedeutet soviel wie seine Herbeiführung. Der Arzt begeht also dann stets eine Körperverletzung gemäß § 259 E 27.

Anders ist der Eingriff natürlich zu beurteilen, wenn er lediglich bezweckte, die Schmerzen des Verletzten zu mildern. Dann muß jedoch die Schmerzenmilderung schon eine der-

artige sein, daß sie immer noch trotz einer vielleicht gleichzeitig damit bedingten Todesbeschleunigung als erheblich erscheint. Dann und nur dann entsprach der Eingriff der Übung eines gewissenhaften Arztes.

Was nun die angemessene Heilbehandlung betrifft, so hat der Arzt in der Regel damit bewiesen, daß sein Eingriff oder seine Behandlung der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprach. Von ihr sagt § 263 nun, daß sie „keine Körperverletzung im Sinne dieses Gesetzes sei". Bei dieser Erklärung ist davon auszugehen, daß § 263 innerhalb des 18. Abschnittes des Entwurfes steht, der in den §§ 259—269 die Körperverletzung behandelt. Das kann bedeuten, wenigstens dem Wortlaute nach, daß die ärztlich gebotene und ordentlich durchgeführte Behandlung nicht einmal begrifflich und tatbestandsmäßig eine Körperverletzung bedeute, aber auch, daß sie keine nach §§ 259 ff. strafbare Körperverletzung sei.

Bei der Besprechung des gleichlautenden § 238 AE 25 war Radbruch [27]) zu einem Ergebnisse gekommen, das wegen der wörtlichen Übereinstimmung der beiden Entwürfe zu diesem Punkte auch auf den § 263 E 27 paßt. Indem er gleichzeitig kurz auf die Bedeutung der Bestimmung über die Einwilligung in eine Körperverletzung eingeht, stellt er fest, daß „diese Fassung (des § 238 AE 25) der Wissenschaft die konstruktive Frage überlasse, ob übungsgemäße ärztliche Handlungen der Tatbestandsmäßigkeit (der Körperverletzung, bezw. Mißhandlung) oder nur der Rechtswidrigkeit ermangeln. Da die Bestimmung das Vorliegen einer Körperverletzung im Rechtssinne auch von dem Vorhandensein der erforderlichen Einwilligung abhängig mache, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Einwilligung aber nicht wohl über das Nichtvorliegen oder Vorliegen des Tatbestandes der Körperverletzung oder Mißhandlung, vielmehr nur über die Rechtswidrigkeit entscheiden könne, begründe

[27]) Radbruch, in Aschrott-Kohlrausch S. 317.

§ 238 (lies § 263 E 27) einen bloßen Unrechtsausschließungsgrund“[27]).

Diese Ansicht ist vertretbar. Sie steht aber in direktem Widerspruche zur Begründung des Entwurfes durch seine Verfasser. Dort heißt es ausdrücklich, daß „der Standpunkt des Reichsgerichts seit langem angefochten sei; insbesondere habe man betont, daß es ein Widerspruch in sich selbst sei, eine zu Heilzwecken unternommene Behandlung als Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung anzusehen. Der Entwurf folge dieser Auffassung und bestimme im § 238 (lies § 263 E 27) ausdrücklich, daß Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprächen, keine Körperverletzungen im Sinne des Strafgesetzbuchs seien“ [28]).

M. E. war es nicht erforderlich, daß diese Worte in die Begründung aufgenommen wurden, da die Beantwortung der Streitfrage ohne jede praktische Bedeutung war. Allerdings wäre die Stellungnahme der Verfasser des Entwurfes zu dieser Frage vielleicht schon aus der Einordnung dieser Bestimmung unter die Bestimmungen über die Verletzung des freien Willens zu ersehen gewesen. Indem die Verfasser des Entwurfes die eigenmächtige Heilbehandlung ausdrücklich nicht unter die Bestimmungen über die Körperverletzung, sondern unter die über die Verletzung des freien Willens aufnahmen, gaben sie damit auch ohne besonderen Kommentar zu verstehen, daß die Heilbehandlung, sofern sie eine angemessene war, mit einer Körperverletzung im Sinne der Bestimmungen über die Körperverletzung nicht identisch war.

Im Vorstehenden habe ich nun schon des öfteren den Begriff der eigenmächtigen Heilbehandlung erwähnen müssen, ohne aber eine solche Behandlung einmal näher betrachtet zu haben. Dies wird erforderlich sein, da über die eigenmächtige Heilbehandlung und die Frage, wann eine solche gegeben ist oder nicht, keineswegs Einigkeit besteht. Vielmehr sind zu diesem Punkte die verschiedensten Ansichten

[27]) Radbruch, in Aschrott-Kohlrausch S. 317.
[28]) Vgl. Begründung AE 25 S. 122, E 27 S. 132.

vertreten worden. Behr z. B. meint, daß es prinzipiell „nicht auf die ausdrückliche Einwilligung des Patienten . . . ankomme. Der Arzt müsse nach freiem, nur durch die ärztliche Norm beschränktem Ermessen handeln können. Das allein gebe ihm die strikte zu erfordernde Möglichkeit, in geschickter Erfassung und Berücksichtigung der Sachlage sein Vorgehen den konkreten Verhältnissen entsprechend einzurichten .... Er (der Patient) könne (allerdings) ausdrücklich eine Operation verweigern. Dann dürfe sie der Arzt selbst in dem Falle nicht vornehmen, wenn sie nach der ärztlichen Norm indiziert wäre“ [29]).

Unter den verschiedenen Entwürfen zu einem neuen Deutschen StGB. war es nun als erster der Gegenentwurf von 1912, der in § 279 die Bestimmung der eigenmächtigen Heilbehandlung unter dem Abschnitte über die Körperverletzung brachte. Dagegen wurde diese Bestimmung schon im Entwurfe der Strafrechtskommission von 1913 wieder fallen gelassen, der dafür in § 293 die Bedeutung einer Einwilligung in eine Körperverletzung entsprechend § 264 E 27 regelte. Erst der Entwurf von 1919 hatte wieder die eigenmächtige Heilbehandlung in einem § 313:

> Wer einen Anderen gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Strafe tritt auch dann ein, wenn der Täter fahrlässig angenommen hat, daß der Andere mit der Behandlung einverstanden war.

Auch diese Bestimmung stand unter dem Abschnitte über die Verletzung der persönlichen Freiheit oder Sicherheit. Jedoch war in dem Abschnitte, der die Körperverletzung behandelt, kein Hinweis auf die ärztliche Behandlung etwa im Sinne des § 263 E 27. Allerdings hieß es in der Denkschrift zum E 19 in der Begründung zu dem § 292 ff. über die Körperverletzung: „Der ärztliche Eingriff nach den

[29]) Behr, Medizin und Strafrecht GS 62 S. 412.

Regeln der ärztlichen Kunst zu Heilzwecken vorgenommen ist objektiv keine Körperverletzung".

Interessant ist in diesem Zusammenhange auch der Satz 2 des § 313, wonach auch die fahrlässige Annahme der Einwilligung des Verletzten in die Behandlung zur Strafverwirkung genüge. Es ist dies ein ganz offensichtlicher Versuch, die Konstruktion mit der Geschäftsführung ohne Auftrag auszuschalten. Es geht aber aus der Formulierung des § 313 nicht klar hervor, ob dabei die vorherige oder nachträgliche Zustimmung oder Nichtzustimmung gleichgültig bleiben soll, oder ob dabei unterstellt wird, daß der Verletzte in Wahrheit mit der Behandlung nicht einverstanden war.

Auffallenderweise brachte der sogenannte AE 25 keine dem § 313 E 19 entsprechende Bestimmung, sondern lediglich in § 238 die schon erwähnte Definition des ärztlichen Eingriffs und in § 239 die Bedeutung der Einwilligung in eine Körperverletzung. Das Fehlen einer Bestimmung über die eigenmächtige Heilbehandlung ist recht eigentümlich. Ja sogar die Begründung zum AE 25 schweigt sich völlig darüber aus, nach welcher Bestimmung denn nun eigentlich die eigenmächtige Heilbehandlung bestraft werden soll. Eine Erklärung hierfür abzugeben lag ja um so näher, als der § 313 E 19 schon vorgeschlagen worden war.

Die Rechtslage war demnach eine ähnliche wie die durch das StGB. von 1871 geschaffene, lediglich mit dem Unterschiede, daß feststand, daß der ordnungsgemäße ärztliche Eingriff keine eigentliche Körperverletzung sei. Die Begründung zum AE 25 hätte zum mindesten mit Rücksicht auf den offensichtlich fallen gelassenen § 313 E 19 sagen müssen, daß die eigenmächtige Heilbehandlung dann etwa eine Freiheeitsberaubung gemäß § 249 AE 25 oder eine Nötigung gemäß § 253 AE 25 sei, Bestimmungen, die im wesentlichen mit den §§ 239, 240 StGB. 71 übereinstimmten. Heimberger meint deshalb, daß „die ganze Frage des ärztlichen Eingriffs besser im E 19 gelöst gewesen sei, durch die Aufstellung eines Deliktes der eigenmächtigen Heilbehand-

lung in § 313. Durch jene Vorschrift sei einerseits das Bestimmungsrecht des Kranken entsprechend berücksichtigt, anderseits implicite die Auffassung des gebotenen und gelungenen ärztlichen Eingriffs als einer Körperverletzung ausgeschlossen. Gegen diesen § 313 sei aber von medizinischer Seite lebhaft Widerspruch erhoben worden. Da jetzt durch § 238 (AE 25) ausdrücklich festgelegt werde, daß solche ärztliche Eingriffe keine Körperverletzungen seien, werde vermutlich weniger Widerspruch laut werden, wenn in dem 20. Abschnitt ‚Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit oder Sicherheit' nach § 254 wiederum eine Bestimmung gegen die ‚eigenmächtige ärztliche Behandlung' eingeführt werde" [30]).

Als solche Bestimmung schlägt Heimberger dann vor:

> Wer eine ärztliche Behandlung an einem Andern im bewußten Widerspruch mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Behandelten vornimmt, wird wegen eigenmächtiger Behandlung ... bestraft[30]).

Wörtlich den gleichen Vorschlag hatte Heimberger schon 1908 gemacht [31]).

Das Gefährliche an diesem Vorschlage ist m. E., daß der mutmaßliche Wille von Bedeutung sein soll. Der mutmaßliche Wille ist ja stets abhängig von der subjektiven Einstellung des Behandelten. Nur jemand, der den Behandelten besonders gut kennt, ist deshalb, und auch nur vielleicht, in der Lage festzustellen, welches dann jeweils der mutmaßliche Wille des Behandelten ist.

Heimberger's Vorschlag bringt deshalb immer noch die Gefahr einer Anwendung der Bestimmungen des BGB. über die Geschäftsführung ohne Auftrag mit sich. § 679 BGB. sieht nämlich ausdrücklich vor, daß in den Fall der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung übersetzt, ein der Behandlung

---

[30]) Heimberger, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts S. 92.

[31]) Vergl. Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle VDA IV S. 46.

in Wirklichkeit entgegenstehender Wille nicht in Betracht kommt, wenn ohne die Behandlung eine Pflicht des Behandelten, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Man argumentierte dahin, daß der Staat ein Interesse an der Erhaltung der Gesundheit seiner Bürger und umgekehrt der Bürger die öffentlich rechtliche Pflicht habe, seine Gesundheit sich, seiner Familie und dem Staat zu erhalten. Dieser Gesichtspunkt war insbesondere in dem Falle maßgebend, daß der Selbstmörder verpflichtet wurde, seinem vorher, wie nachher unwillkommenen Lebensretter den bei der Rettung erlittenen Schaden zu ersetzen.

Einen solchen Gesichtspunkt mag man in besonderen Ausnahmefällen gelten lassen. Er kann jeedoch Anlaß zu Bedenken geben, wenn der Fall vom Arzte keine solche Eile verlangt, daß er es auf den noch nicht geäußerten, sondern nur mutmaßlichen Willen ankommen lassen dürfte. Deshalb ist der schon 1899 von v. Lilienthal gemachte Vorschlag vielleicht richtiger:

> Wer eine ärztliche Behandlung an einer Person gegen ihren Willen ... vornimmt, wird ... bestraft.

Diesem Vorschlage folgte auch der Entwurf von 1927 in der Bestimmung des § 281 Abs. 1:

> Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Besondere Beachtung verdienen hierbei die Worte „gegen den Willen", die in der Terminologie des Gesetzes eine bestimmte Bedeutung haben gegenüber den Worten „ohne den Willen". Die letztere Ausdrucksweise findet sich z. B. bei der eigenmächtigen, nicht gebotenen Abtreibung des § 253 E 27 Abs. 4 („ohne Einwilligung"). Diese Ausdrucksweise des Gesetzes ist schon durch den Wortlaut verständlich, aber obendrein noch in der Begründung zum 20. Abschnitt des E 27 über „die Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche

Freiheit und Sicherheit" ausdrücklich erklärt [32]). Wenn das Gesetz „ohne den Willen" als Tatbestandsmerkmal aufstellt, so heißt das, daß der Strafanspruch des Staates schon verwirklicht ist, wenn der Verletzte keine Willenserklärung von sich gegeben hat. Dem gegenüber ist deshalb die Ausdrucksweise „gegen den Willen" enger. Danach ist der Täter noch nicht strafbar, wenn er eingreift, obwohl ein entgegengesetzter Wille noch nicht erklärt worden ist.

Im folgenden will ich nun zunächst die eigenmächtige Heilbehandlung in nicht dringlichen Fällen erörtern. Es erschien stets von den verschiedensten Seiten aus bedenklich, daß ein Arzt auch ohne eine ausdrückliche Einwilligung behandeln dürfe. Auch mir erscheint die Ansicht Behr's als zu schroff. Es kann unmöglich richtig sein, daß ein Arzt eine, wenn auch vielleicht durchaus gebotene Behandlung an mir sollte vornehmen können, ohne mich vorher fragen zu müssen. Trotzdem wurde in Medizinerkreisen zum Teil die Ansicht vertreten „berechtigt, ja verpflichtet zu sein, in Ausnahmefällen auch gegen den Willen des Kranken eine Operation vorzunehemen, wenn z. B. die Gefahr einer Operation viel geringer sei, als die durch die Krankheit bedingte" [33]).

v. Lilienthal vertritt die m. E. einzig richtige Ansicht, daß „derartige Äußerungen ärztlicher Eigenmacht gewiß sehr häufig lautersten Motiven entsprängen, diese aber trotzdem keineswegs zu billigen seien, denn grundsätzlich müsse daran festgehalten werden, daß jeder nach seiner façon zugrundegehen dürfe. Wider seinen Willen unter ihm nicht zusagenden Bedingungen am Leben erhalten zu werden, möge eine Wohltat sein, aber benificia non obtruduntur" [34]).

Diese bedeutet m. a. W., daß ein Arzt nur dann tätig werden soll und darf, wenn er sich im Besitze einer maßgeblichen Einwilligungserklärung weiß. Entsprechend der Einwilligungserklärung des Zivilrechts" braucht (natürlich) der

[32]) Vgl. Begründung E 27 S. 138/139.
[33]) Tillmanns, Lehrbuch der Allgem. und speziellen Chirurg., zit. bei v. Lilienthal, Die pflichtm. ärztl. Handlg. u. d. Strafrecht S. 48.
[34]) v. Lilienthal wie zu 33, S. 50.

Wille des Kranken nicht ausdrücklich erklärt worden zu sein[35]). Dagegen kann es Anlaß zu Mißverständnissen geben, zu sagen, „der Wille des Kranken könne auch aus den besonderen Umständen vermutet werden“[35]). Richtig dürfte dieser Satz sein, wenn man damit sagen will, daß es genügt, wenn Umstände vorhanden sind, die darauf schließen lassen, daß der Kranke damit — pantomimisch — sagen will, behandelt zu werden. Nicht richtig ist es aber, von einem mutmaßlichen Willen zu sprechen, von dem man weiß, daß eine Willensäußerung, auch nicht concuclenter, noch nicht erfolgt ist. Man geht also bewußt davon aus, ohne eine Willenserklärung des Behandelten diesen zu behandeln. Die bestehende Lücke glaubte man deshalb mit einem fingierten Willen des Behandelten ausfüllen zu können.

Ein fingierter Wille ist aber nicht geeignet, die ohne eine ausdrücklich abgegebene Einwilligungserklärung vorgenommene Heilbehandlung zu rechtfertigen. Es wird dabei stets bewußt oder unbewußt mit dem zivilrechtlichen Begriffe der Geschäftsführung ohne Auftrag gearbeitet. In besonderem Maße ist diese Ansicht von Zitelmann und Rosenberg vertreten worden[36]). „Die Übernahme dieser zivilrechtlichen Figur ins Strafrecht beachtet (aber) nicht genügend, daß es sich bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts um die Regelung des Innenverhältnisses handelt, im Strafrecht dagegen um das Außenverhältnis, um die Frage der äußeren Legitimation zu bestimmtem, in die Sphäre eines anderen irgendwie eingreifendem Handeln“[37]).

„Ebensowenig ist in dieser Richtung von Bedeutung die Annahme, daß der Betroffene nachträglich zustimmen, genehmigen werde“[37]). Gleiches gilt von dem Umstand, daß der Betroffene nachträglich vielleicht wirklich sein Einverständnis erklärt. Die letztere Tatsache könnte höchstens geeignet erscheinen, eine private Verzeihung zu bedeuten. Das

[35]) Flügge, Das Recht des Arztes, 4. Kap. § 19b S. 94.
[36]) Vergl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit AfdzPr 62 S. 75; Rosenberg, Strafbare Heilungen GS 62 S. 73 ff.
[37]) Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 S. 42.

inkriminierende Verhalten ist aber schon vorher erfolgt und damit die staatliche Rechtsordnung gestört..

Wenn der E 27 also in § 281 sagt, daß der eigenmächtig behandelnde strafbar sein solle, wenn er „gegen den Willen" des Behandelten eingreife, so ist damit gesagt, daß der Täter noch nicht eine Strafe verwirkt hat, wenn der Behandelte einen der Behandlung entgegenstehenden Willen noch nicht geäußert hat. Ich habe aber gezeigt, daß diese Regelung nicht zu billigen ist. Denn es war zu bedenken, daß § 281 Abs. 1 im Hinblick auf die folgenden Absätze gar nicht den Einfall im Auge hat. Es handelt sich bei Abs. 1 lediglich um einen Eingriff, der zwar zweckmäßig, vielleicht sogar durchaus erforderlich ist, der aber heute so gut, wie etwa erst in 14 Tagen gemacht werden kann. Ich bleibe deshalb dabei, daß man in einem solchen Falle den Arzt für verpflichtet halten muß, sich vorher einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung zu vergewissern. Ich stehe damit prinzipiell auf dem Standpunkte, daß in § 281 Abs. 1 statt der Worte „gegen den Willen" die Worte „ohne den Willen" aufgenommen werden müssen.

Die Berechtigung dieser meiner Ansicht ergibt sich besonders, wenn der Patient in einen kleineren, unbedeutenderen Eingriff eingewilligt hat und der Arzt die Narkose benutzt, um einen erheblich größeren und schwierigeren vorzunehmen. Folgte man dem Standpunkt des E 27, so wäre der Arzt kraft der Bestimmungen der §§ 263, 281 Abs. 1 gedeckt, obwohl diese geradezu erschlichene Einwilligungserklärung wegen der Irrtumserregung doch sicherlich als unmaßgeblich zu gelten hat. War der Eingriff des Arztes zur schließlichen Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit des Behandelten erforderlich und ist der Zweck erreicht, so mag der Behandelte nachher vielleicht froh sein, alles überstanden zu haben, falls er überhaupt die Täuschung des Arztes erfährt. Vielleicht war aber der Eingriff für Leben und Gesundheit des Behandelten doch nicht so bedeutend oder er war gar erfolglos! In allen diesen Fällen ginge dann jedoch der Arzt

stets straflos aus, da gemäß § 263 der Erfolg für die Beurteilung des ärztlichen Eingriffs nicht maßgeblich ist. Die Richtigkeit meines Standpunktes ergibt sich m. E. aber auch weiterhin aus dem Abs. 3 des § 283, der allerdings in erster Linie für den Eilfall geschaffen ist:

> Die Vorschriften der Abs. 1, 2 finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde ... nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten ... rechtzeitig einzuholen, ohne sein Leben oder seine Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Wenn nämlich nur ein entgegenstehender Wille des Behandelten maßgeblich wäre, so war es hier doch überflüssig von der Unmöglichkeit einer noch rechtzeitig einzuholenden Einwilligungserklärung zu sprechen. Gerade aus dem Abs. 3 des § 281 ergibt sich deshalb geradezu im logischen Gegensatze zu Abs. 1, daß prinzipiell die vorherige positiveEinwilligungserklärung zu verlangen ist.

Wenn nun die Einwilligungserklärung des Patienten tatsächlich erteilt ist, so ist sie damit noch nicht in jedem Falle beachtlich. Es entsteht die Frage, ob „die Einwilligung generell sein darf oder speziell sein muß. Die engere Auffassung dürfte die richtigere sein, da bei der weiteren eine inhaltlich bestimmte Einwilligung überhaupt nicht vorliegt. Denn auf ein Objekt muß sich natürlich jede Einwilligung beziehen, eine objektlose Einwilligung wäre ein Widerspruch in sich selbst, eine generelle Einwilligung wäre aber in der Tat eine objektlose Einwilligung. Anders dagegen liegen die Verhältnisse bei der Gesamteinwilligung. Dann natürlich ist eine Einwilligung stets möglich, auch wenn sie sich auf mehrere Objekte bezieht, sofern es sich eben nur um distinkt erkennbare Objekte handelt“ [38]).

Hat der Arzt nun glücklich die Einwilligung etwa in eine vorzunehmende Gallen- oder Schilddrüsen-Operation zwecks Beseitigung von Gallensteinen oder eines Teiles der Schild-

[38]) Gerland, Die Selbstverst. VDA II 507.

drüsen, so ist dabei „die selbstverständliche Voraussetzung, daß der Einwilligende den Charakter der an ihm vorzunehmenden Handlung kennen muß. Je gefährlicher die Operation ist, umso sicherer hat der Arzt die Verpflichtung, den Patienten über ihre Aussichten zu unterrichten. Er muß die Gefahr kennen, die sein Leben läuft und nicht minder die Bedingungen, unter denen ein Fortleben nach der Operation noch möglich sein wird. Ein solcher Hinweis darf auch nicht deshalb unterbleiben, weil ‚die Furcht vor der Operation' deren Wirkung beeinträchtigen könnte. Ebenso selbstverständlich ist es, aber nicht erforderlich und vom medizinischen Standpunkt aus gewiß zu widerraten, daß die Einzelheiten des operativen Vorganges geschildert werden. Der Kranke muß wissen, was ihm geschehen soll, und ist er damit einverstanden, so kann das ‚wie' allerdings ruhig dem pflichtgemäßen Ermessen des Arztes überlassen bleiben" [39]).

Der E 27 sieht nun tatsächlich in § 264 eine Bestimmung vor, die sich mit der Einwilligung des Verletzten befaßt:

> Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt.

Wie schon aus ihrem Wortlaut zu ersehen ist, handelt es sich bei dieser Bestimmung aber nicht um eine Einwilligung in eine ärztlich gebotene Behandlung, sondern um einen solchen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, der keine vernünftige ratio in sich trägt. Trotzdem ist natürlich der in § 264 niedergelegte Grundsatz auch maßgeblich für die Beachtlichkeit einer Einwilligung in eine Heilbehandlung. Die Voraussetzungen, die bei § 264 gegeben sein müssen, soll die Einwilligung den guten Sitten gemäß sein, sind im wesentlichen dieselben wie bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung.

Für den Gesetzgeber ist es aber überflüssig, eine Be-

---

[39]) v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht S 47/48.

stimmung zu geben, in der ausdrücklich die wesentlichen Erfordernisse einer beachtlichen Einwilligung in eine Heilbehandlung niedergelegt wären. Denn für den Gesetzgeber kommt es in diesem Zusammenhange lediglich darauf an, Tatbestände in Paragraphen festzulegen, bei deren Vorhandensein der staatliche Strafanspruch gegeben ist.

Im übrigen will § 281 Abs. 3, wie schon angedeutet, den Eilfall behandeln. Es ist dabei an den bekannten Schulfall gedacht, daß bei einem Verunglückten unbedingt ein vielleicht lebensrettender Eingriff gemacht werden muß, obwohl der Verletzte, etwa infolge einer Ohnmacht, zur Abgabe einer Willenserklärung nicht in der Lage ist. Ich unterstelle zunächst auch, daß jedesmal in irgend einem solchen Falle vorher noch keine die spätere Behandlung verbietende Willenserklärung abgegeben worden ist.

De lege lata waren zur Regelung dieses Falles verschiedene Erklärungen versucht worden. Dabei ist zunächst zu beachten, daß die im allgemeinen in solchen Fällen stets zuerst in Betracht kommende Notstandsbestimmung des § 54 StGB. die Notstandshandlung nur dem von der Gefahr Bedrohten oder einem seiner Angehörigen gestattet. Brückmann [40]) entschied solche Fälle alle nach den bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Was gegen sie ins Feld zu führen war, ist schon gesagt worden. Heimberger's Ansicht war deshalb de lege lata die einfachste. Für ihn war der ordentliche ärztliche Eingriff nie eine Körperverletzung; für ihn kam, da er für sehr weite Rechte des Arztes eintrat, nur die „gegen" den Willen des Behandelten ausgeführte Behandlung als evtl. Straftatbestand in Frage. Die notwendige Folge war deshalb die, daß der durch einen Eilfall ärztlich gebotene Eingriff in der Regel nicht in der Lage war, irgend einen Straftatbestand des StGB. zu erfüllen, sodaß es sich um eine sog. juristisch indifferente Frage handelte.

Nachdem jedoch die eigenmächtige Heilbehandlung ein

[40]) Vgl. Brückmann, Neue Vers. z. Probl. d. strafr. Verantwortl. d. Arztes f. oper. Eingriffe, ZStW 24 S. 660 ff.

besonderer Straftatbestand geworden ist, vermag natürlich Heimberger's Theorie nicht mehr zu helfen. Es mußte deshalb notwendig zu einer Erweiterung des Notstandsparagraphen oder einer Sonderbestimmung im Anschluß an die Bestimmung über die eigenmächtige Heilbehandlung kommen. Beides ist sogar bei dem E 27 der Fall gewesen. Sämtliche Entwürfe seit 1909 hatten schon den erweiterten, nicht auf den Angehörigen beschränkten Notstandsparagraphen [41]).

Auch der E 27 ist insoweit seinen Vorgängern gefolgt. Besonders beachtlich ist aber hier der schon zitierte § 281 Abs. 3. Bliebe es bei der Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung im Sinne des § 281 Abs. 1 und käme nicht die von mir vorgeschlagene Änderung, dann könnte Abs. 3 in dem z. Zt. zu besprechenden Falle als überflüssig angesehen werden. Denn falls der Arzt selbst in einem nicht dringlichen Falle nicht wegen eigenmächtiger Heilbehandlung strafbar ist, wenn er nur „ohne den Willen" des Behandelten den Eingriff vornimmt, dann ist er es natürlich im Eilfalle erst recht nicht.

§ 281 Abs. 3 ist aber erforderlich für den von mir vorgeschlagenen abgeänderten Abs. 1. Die derzeitige Fassung des Abs. 3 ist auch derart, daß der Arzt in jedem derartigen Falle vor Strafe gsichert ist. Trotzdem werde ich mit Rücksicht auf das Folgende eine Änderung vorschlagen.

Anders ist nämlich der Fall zu beurteilen, daß ein Kranker oder Verletzter den Eingriff verbietet, obwohl die Situation einen baldigen ärztlichen Eingriff verlangt. Ich denke da z. B. an den Selbstmörder, der sich vom Felsen herabstürzte und nun mit zerbrochenen und blutenden Gliedern daliegt, ohne das Bewußtsein verloren zu haben. Dem hilfreichen Retter verbietet er aber die Rettung; er will sterben. Nun wäre es entsprechend Abs. 3 eigentümlich, wenn man warten müßte, bis der Verletzte, von Schmerzen übermannt, ohnmächtig würde, sodaß vielleicht jetzt die Annahme berechtigt wäre, der Verletzte sei nicht mehr gegen den Eingriff. Anderseits hat man es stets als recht und billig angesehen, den Selbst-

[41]) Vgl. VE 09 § 67, E 13 § 28, E 19 § 22, AE 25 § 22, E 27 § 25.

mörder selbst mit Gewalt von seinem wahnwitzigen Tun abzuhalten. Anderes kann und darf nicht gelten, wenn der Arzt den Verletzten nur mittels einer Operation zu retten vermag. Für den Arzt wäre es eine geringe Beruhigung, wenn er lediglich die Hoffnung auf § 281 Abs. 5 stützen könnte, wonach in besonders leichten Fällen das Gericht von Strafe absehen darf.

Ich meine deshalb, daß § 281 Abs. 3 anders zu fassen ist und möchte, zunächst unter Außerachtlassung des Abs. 2, der sich mit der eigenmächtigen Abtreibung befaßt, folgende Änderung vorschlagen:

> Die Vorschrift des Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn ohne den Eingriff oder die Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet ist.

Diese Fassung ist weiter als die jetzige. Durch sie ist auch erst recht der Eilfall gedeckt, bei dem eine entgegenstehende Willenserklärung noch nicht abgegeben ist. Weiterhin macht auch die abgeänderte Fassung des § 281 Abs. 3 ein etwaiges Heranziehen der Notstandsbestimmung überflüssig, wobei es fraglich erscheinen muß, ob eine Notstandshandlung trotz entgegenstehenden Willens des Bedrohten möglich ist. Überhaupt ist es zweifelhaft, ob der Notstandsparagraph herangezogen werden darf, wo doch § 281 ganz offensichtlich die eigenmächtige Heilbehandlung bis in ihre letzten Konsequenzen regeln will.

Es kommt nun bei Operationen vor, daß sich der Arzt nach der Leibesöffnung vor einen ganz anderen Tatbestand gestellt sieht, als er vorher in seiner Diagnose angenommen hat, sodaß ein grundsätzlich verschiedener Eingriff vorgenommen werden muß gegenüber demjenigen, den er anfänglich geplant und zu dem er auch die Einwilligung bekommen hatte. Es ist da recht schwierig, die Interessen zwischen Arzt und Patient gerecht zu verteilen. An sich darf man zugeben, daß es direkt unvernünftig wäre, wenn der

Arzt den einmal geöffneten Leib wieder schließen müßte, um sich einer zweiten Einwilligungserklärung zu vergewissern, das alles auf die Gefahr hin, den Leib neu öffnen und dem Patienten die seelischen und körperlichen Anstrengungen eines zweiten Eingriffes auferlegen zu müssen. Bei einer Gleichwertigkeit der geplanten und notwendigen Operation möchte man den Arzt für befugt halten, den anderen Eingriff vorzunehmen. Anders ist es natürlich, wenn dieser Eingriff nun in jeder Beziehung viel erheblicher ist.

Nun hat ein jeder Patient, speziell mit der Einwilligung in eine Operation in eine Gefährdung seines Körpers, seiner Gesundheit, seines Lebens eingewilligt. Wenn nun Gleichwertigkeit zwischen geplantem und erforderlichem Eingriff besteht, könnte man sagen, daß der Arzt wegen der Gleichwertigkeit der Gefährdung derselben Rechtsgüter zu dem anderen Eingriffe für befugt zu halten ist[42]). Dem ist an sich aber nicht so, da wir daran festhalten müssen, daß die Einwilligungserklärung sich auf ein speziell bestimmtes Objekt beziehen muß. Die Gefährdung stellt lediglich einen Begriff dar, nicht aber ein körperlich greif- oder sichtbares Objekt, auf welches sich eine maßgebliche Einwilligungserklärung erstrecken könnte.

Wenn ich nun sagte, daß der Arzt nicht befugt wäre, den anderen Eingriff mangels Einwilligungserklärung vorzunehmen, so war dies lediglich die notwendige Schlußfolgerung aus der Formulierung des § 281 in Verbindung mit der von mir vorgeschlagenen Abänderung der Abs. 1 und 3. Erscheint die andere Operation als dringlich, so ist natürlich der Arzt schon durch Abs. 3 gedeckt. Ich denke deshalb lediglich an Fälle, die an sich eine Aufschiebung vertrügen.

Dabei ist zu betonen, daß, selbst wenn ein Fall an sich nicht als dringlich angesehen werden kann, dieser doch unter Abs. 3 fallen muß, wenn die zwecklose Öffnung des Leibes durch die damit verbundene Notwendigkeit einer neuen Öffnung des Leibes eine ernste Gefährdung des Lebens oder der

[42]) Vgl. Kahl, Der Arzt im Strafrecht ZStW 29 S. 365.

Gesundheit des Behandelten bedeutet. Selbst wenn man den Arzt für befugt halten darf, den Begriff der ernstlichen Gefährdung nicht zu eng auszulegen, so wird selbst diese eingeschränkte Ernstlichkeit in sehr vielen Fällen verneint werden müssen.

Trotzdem muß wiederholt werden, daß es geradezu unsinnig wäre, dem Arzt diesen anderen Eingriff nicht zu gestatten. Da jedoch die abgeänderten Absätze 1 und 3 des § 281 solche Fälle nicht würde decken können, ist deshalb hinter Abs. 3 ein weiterer Absatz einzuschieben. Dabei ist aber für die Befugnis des Arztes zur Vornahme des anderen Eingriffs in dem Falle eine Ausnahme zu schaffen, daß dieser gegenüber dem geplanten eine erheblich größere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Behandelten bedeutet.

Entsprechendes gilt dann, wenn außer dem geplanten Eingriffe sich noch die Notwendigkeit eines weiteren Eingriffes herausstellt. Auch zu diesem Eingriffe ist der Arzt für befugt zu erachten, falls der weitere Eingriff keine erhebliche Erhöhung der durch die beiden Operationen bedingten Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit für den Behandelten bedeutet. Zusammenfassend möchte ich deshalb folgenden Absatz vorschlagen:

> Ergibt sich außer im Falle des Abs. 3 nach einem bereits begonnenen Eingriffe die Notwendigkeit eines andern oder weiteren Eingriffes, so ist der Behandelnde auch zur Vornahme dieses Eingriffes befugt, es sei denn, daß dieser eine erheblich höhere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Behandelten bedeutet.

Ich komme nun zu dem sog. ärztlichen Versuche. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: der Eingriff kann vorgenommen werden an einem bereits Erkrankten zu seinen eigenen Gunsten und anderseits an einem noch krank zu Machenden, um an ihm etwa ein neu entdecktes Serum auszuprobieren. „Solchen Experimenten kann das Recht seine Anerkennung nicht versagen, als sie einerseits der Wissen-

schaft dienen, anderseits mit dem Willen des Andern gemacht werden“ [43]). Beide sind jedoch mit Rücksicht auf den § 263 E 27 verschieden zu beantworten. Die Behandlung zu Gunsten des bereits Erkrankten kann nämlich durchaus der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, während dies bei einem Experiment nie der Fall ist.

Beim Eingriffe zu Gunsten des Kranken sind jedoch gewisse Voraussetzungen erforderlich, die gegeben sein müssen, um den gewagten Eingriff ernst nehmen zu dürfen. In der Regel handelt es sich dabei um ganz besonders gelagerte Fälle, bei denen die bisher erprobten Mittel versagt haben, bezw. mit Bestimmtheit versagen werden. „Der Zweck ist hierbei zu erforschen, ob die Krankheit durch den betreffenden Eingriff geheilt oder gelindert werden kann. Ein solcher Eingriff ist dann berechtigt, wenn 1. der Patient seine Zustimmung gibt, 2. wenn auf Grund medizinisch-wissenschaftlicher Überzeugung die Möglichkeit des Gelingens des Experimentes gegeben ist, und 3. wenn die durch das Experiment erzeugte Gefahr in keinem Mißverhältnis steht zu der evtl. zu heilenden oder lindernden Krankheit“ [44]).

Überhaupt hat ja jede neue Operationsmethode den Charakter des Experimentes. Aber es braucht sich nicht einmal, um von einem Experiment zu sprechen, um einen bisher nicht erprobten Eingriff zu handeln. „Z. B. der Arzt weiß, daß sein Patient mit 100 Prozent Wahrscheinlichkeit bald sterben muß, wenn er an ihm nicht eine schwierige Operation vornimmt, die in 80 Prozent der Fälle den Tod früher verursacht, in 20 Prozent der Fälle dagegen das Leben rettet. Diese Operation mit 20 Prozent Wahrscheinlichkeit ist bei Einwilligug des Patienten zulässig, obwohl sie, naturwissenschaftlich beurteilt, die Todeschancen nicht vermindert, sondern vermehrt. Denn Todesbeschleunigung gilt nach physischer Kausalität als Todesverursachung, und es sind 80 Proz.

[43]) Allfeld-Meyer, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts § 27 Anm. 58 S. 146.

[44]) Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung d. ärztl. Eingriffe Zf schw StrR 6 S. 346.

dieser Wahrscheinlichkeit gegeben. Allein wenn jemand binnem kurzem (z. B. binnen Monatsfrist) ohnehin dem Tode verfallen ist, so gilt es nach Anschauung des Verkehrs, (verkehrstüchtiger Menschen) nur als Rettung, wenn man ihm durch eine Operation 20 Prozent Rettung bringt, in 80 Prozent der Fälle aber die kurze Lebens- und Leidensspanne verkürzt. Im Vergleich zu der Gewinnchance wird die Verlustchance als etwas rechtlich untergeordnetes gewertet" [45]).

Sind nun alle verschiedenen vorstehenden Voraussetzungen erfüllt, so ist damit die Übereinstimmung dieses Eingriffes mit den Voraussetzungen des § 263 gegeben. Das reine Experiment ist dagegen stets eine Körperverletzung im Sinne des § 259 E 27, da das Objekt des Experimentes sogar erst krank gemacht werden muß. Dabei ist natürlich gleichgültig, ob die ‚Handlung' rein aus Forschertrieb vorgenommen wird oder der Experimentierende durch den Versuch eine Methode erproben will, durch die möglicherweise Tausenden das Leben gerettet werden kann, wenn sie sich bewährt" [46]).

Stooß meint nun, der Experimentierende „müsse sich begnügen, seinen Versuch an sich selbst oder an Tieren vorzunehmen" [48]). Allein, man muß einmal bedenken, daß es meist wesentlich darauf ankommen wird, daß der Experimentierende beim schließlichen Versuche das menschliche Objekt selbst beobachten will und muß, um den Verlauf des Experimentes genau zu verfolgen. In der Regel ist zu dieser Beobachtung nur der Experimentierende auf Grund seiner genauen Kenntnisse und des Studiums der zu bekämpfenden Krankheit geeignet. Anderseits ist auch der Bereitwilligkeit eines Menschen, der an sich das Experiment erproben läßt, dann nicht ein großer sittlicher Wert abzusprechen, wenn er über die Bedeutung und die Folgen des Eingriffs unterrichtet ist.

Selbstverständlich hat Stooß insofern recht, als nicht sofort mit einem Experimentieren am menschlichen Körper be-

---

[45]) Köhler, Deutsches Strafrecht § 25 IB S. 373.

[46]) Stooß, Operativer Eingriff und Körperverletzung ZfschwStrR 6 S. 56.

gonnen werden darf. Es müssen dem eine Reihe Versuche an tierischen Körpern vorausgehen. Erst wenn diese verschiedenen Versuche statistisch ergeben haben, daß das gefundene Serum erheblich mehr Erfolge als Mißerfolge gezeitigt hat, darf der Experimentierende mit dem endgültigen Versuche beginnen. Erst dann ist eine gemäß § 264 beachtliche Einwilligung vorhanden.

Eine Mittelstellung zwischen dem Experiment zu Gunsten des Verletzten und dem zu seinen Ungunsten nimmt die sogenannte Verschönerungsoperation ein. Von ihnen nimmt E 27 in der Begründung zu § 263 an, daß auch sie unter diese Bestimmung fallen. Die Verfasser des Entwurfs sind der Ansicht, daß „die Vorschrift des § 263 nicht unbedingt voraussetze, daß der Verletzte im medizinischen Sinne krank sei. Auch Eingriffe und Behandlungen zur Beseitigung von körperlichen Mängeln, z. B. die Beseitigung von Leberflecken, Schielen, Entstellungen, gehörten hierher, sofern sie ... der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprächen“ [47]).

Ich kann mich dem jedoch nicht ganz anschließen. M. E. ist es darauf abzustellen, ob der Schönheitsfehler gewissermaßen einen pathalogischen Zustand darstellt. Einen solchen würde ich z. B. bejahen, beim Schielen, da von Natur aus das Auge gerade gerichtet ist, beim Buckligen, da der Buckel eine Verkrümmung des Rückgrates darstellt, bei den Folgen der Rachitis usw. In allen solchen Fällen würde der Arzt versuchen, durch zweckentsprechende Eingriffe den entstellten Körper auf einen normalen Körper zurückzuführen. Dies ist gewiß noch ein Teil der Heilkunde. Wenn dagegen der Fehler lediglich ein Schönheitsfehler ist, wie etwa bei dem Leberfleck oder bei einer zu langen oder zu kurzen Nase, dann vermag ich nicht einzus.ehen, worin denn hier die Heilaufgabe des Arztes bestehen soll.

Wenn deshalb ein derartiger Eingriff unbefugt vorgenommen wird, so stehe ich auf dem Standpunkte, daß nur im ersten Falle eine eigenmächtige Heilbehandlung gemäß § 281

[47]) Vgl. Begründung E 27 § 263 S. 133.

in Frage kommt, daß der Arzt aber in allen anderen Fällen ohne Zweifel eine Körperverletzung gemäß § 259 begeht.

Eine solche Körperverletzung begeht tatbestandsmäßig auch der Arzt, der zwecks Heilung eines Kranken einen körlichen Eingriff an einem Gesunden vornimmt. Ich meine die Transplantation und die Transfusion, Eingriffe, bei denen Haut-, bezw. Blutmengen von einem Gesunden auf einen Kranken, Schwachen oder Verletzten übertragen werden. Die Einwilligung in einen solchen Eingriff ist dann und nur so lange entsprechend § 264 berechtigt, als 1. „dem Gesunden durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht und 2. das dem Gesunden durch den Eingriff zugefügte Übel erheblich geringer ist als das Übel des Kranken, welches geheilt werden soll“ [48]).

Die Einwilligung in eine solche Körperverletzung verstößt auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn sie öfters wiederholt wird und entgeltlich erfolgt. Es ist nämlich eine bekannte medizinische Tatsache, daß nicht jedes Blut und jede Haut geeignet ist, auf jeden anderen übertragen zu werden. Dies gilt insbesondere vom Blute, das in seiner Zusammensetzung besonders dazu angetan sein muß, um in den Blutkreislauf des Andern übertragen zu werden. Gerade die Blutüberlassung hat sich infolgedessen bei verschiedenen hierzu besonders geeigneten Personen insofern zu einem Gewerbe herausgebildet, als sie einem bestimmten Arzte oder einer bestimmten Klinik gegen eine Gebühr von Zeit zu Zeit zur Verfügung stehen. Sie haben deshalb in medizinischen Fachkreisen den Namen Bluter bekommen. Da das Blut sich nach Ablauf einer gewissen Zeit von selbst wieder auf seine normale Menge ergänzt und solange die Wiederholung der Abgabe nicht zu einer Schwächung des Bluters zu führen geeignet ist, bleibt auch die jeweilige Einwilligung in die Blutabnahme sittlich beachtlich.

---

[48]) Oppenheim, Die rechtl. Beurt. d. ärztl. Eingr. ZfschwStrR. 6 S. 344; Vgl. auch Lilienthal, Die pflichtm. ärztl. Handlg. und das Strafrecht S. 53 zu Zif. 3.

Bei sämtlichen bisher besprochenen Eingriffen war es für die Beurteilung der Frage, ob der jeweilige Eingriff sich im Rahmen des § 263 hielt, ohne jede Bedeutung, ob dieser an einem Volljährigen oder einem Minderjährigen, ob er an einem Geschäftsfähigen, Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommen wurde. Die letzteren Unterscheidungen sind aber da von Bedeutung, wo es sich um die Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit der die Behandlung legitimierenden Einwilligung handelt. Auffallenderweise übt E 27 in diesem Punkte eine strenge Zurückhaltung und bringt auch in der Begründung keine Erklärung für diese. Es war da nämlich strittig, ob dem Minderjährigen, um mit ihm zu beginnen, vom vollendeten 18. Lebensjahr an, also sobald er strafrechtlich voll verantwortlich ist, ein Verfügungsrecht über seinen Körper neben oder gar gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter zuzubilligen sei. Das Reichsgericht hat bisher streng die Volljährigkeit des Verletzten verlangt [49]). Köhler hat dem gegenüber mit Recht schon darauf hingewiesen, daß es „richtiger erscheine, Geschäftsfähigkeit bloß dann zu verlangen, wenn durch die Willenserklärung ein Privatrecht aufgegeben, bezw. begründet werden solle, das nur durch die rechtliche Verfügung eines Volljährigen vernichtet, bezw. geschaffen werden könne" [50]), und daß „die Einwilligung in eine operative Heilbehandlung von 18jährigen in ihrer Tragweite meist zu übersehen sei, wenn die Gefahr einer Verstümmelung oder des Todes nicht in Frage stehe" [51]).

Die Grenze von 18 Jahren würde auch ich in entsprechender Weise zu berücksichtigen vorschlagen. Dagegen scheint mir Brückmann des Guten etwas zuviel getan zu haben, wenn er sogar den Willen eines Kindes über 12, aber unter 18 Jahren Beachtung schenken will, sei es, daß er verlangt, daß der Wille des Kindes mit dem des Vertreters übereinstimmen müsse, sei es, daß, mangels einer Willensäußerung

[49]) RGSt 25 S. 375 ff; RGZ 68 S. 431; RG in JW 1911 Nr. 2 S. 748.
[50]) Köhler, Deutsches Strafrecht § 33 IVa S. 412/413.
[51]) Köhler wie zu 50, S. 414.

des Vertreters, diejenige des Kindes ausreiche, um den Arzt zu rechtfertigen [52]).

Man kann demnach mit Recht sagen, daß nicht nur der Standpunkt des Reichsgerichts zu schroff ist, sondern auch, daß, gerade mit Rücksicht auf diese Stellungnahme, wie anderseits die von Brückmann, eine gesetzliche Regelung des Vertreterrechts im E 27 erforderlich ist. Heimberger hat in seinem Vorschlage gewissermaßen einen Mittelweg eingeschlagen:

> Hat der Behandelte ... einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen wirklicher oder mutmaßlicher Wille entscheidend, außer wenn der Vertretene selbst die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht besitzt [53]).

Ich meine deshalb, daß es das Richtigste ist, aus den verschiedenen Ansichten das wirklich Brauchbare auszulesen. Man soll sich bei Minderjährigen mit einer Grenze von 18 Jahren begnügen, dafür aber vom Arzt jeweils verlangen festzustellen, ob der Minderjährige über 18 Jahre die notwendige Einsicht von der Bedeutung des vorzunehmenden Eingriffs besitzt. Das bedeutet dann, daß bis zum vollendeten 18. Lebensjahre einzig und allein der Wille des Vertreters maßgeblich ist, daß darüber hinaus aber der Minderjährige selbständig eine beachtliche Einwilligungserklärung in eine Behandlung abgeben kann, sofern er die nötige Einsicht besitzt.

Eine Bestimmung solchen Inhalts, die ich am Schlusse dieses Absatzes formulieren werde, würde aber nur das wesentliche Gerippe für die Beurteilung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Arzt und Minderjährigen abgeben. Im übrigen ist nämlich jedesmal vom Arzt zu prüfen, ob und wann er der Einwilligungserklärung des Minderjährigen, bzw. des Vertreters Beachtung schenken darf und wann er sich evtl.

---

[52]) Vgl. Brückmann, Neue Versuche zum Problem der strafrechtl. Verantwortlichkeit des Arztes, ZStW 24 S. 705 zu III.

[53]) Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle VDA IV. S. 46 und in Aschrott-Kohlrausch, Der Ausschl. d. Rechtswidrigkeit S. 92.

sogar über die versagte Einwilligungserklärung des einen oder anderen hinwegsetzen darf. Ob der Arzt handeln darf oder nicht, richtet sich stets danach, ob die Einwilligungserklärung den guten Sitten gemäß dem Grundsatze des § 264 entspricht.

Bei einer ärztlich gebotenen Behandlung ist deshalb die Einwilligungserklärung stets beachtlich, mag sie nun bei dem Minderjährigen unter 18 Jahren von dem gesetzlichen Vertreter oder bei dem Minderjährigen über 18 Jahren von ihm selbst ausgehen. Daraus folgt, daß die Weigerung der Behandlung durch den Minderjährigen unter 18 Jahren stets unbeachtlich ist, während die Verweigerung des Vertreters bei Minderjährigen über 18 Jahren ebenso gleichgültig ist, sofern der Arzt bei diesem die nötige Einsicht festgestellt hat. Ob ein solcher Fall dem Arzt noch einen zivilrechtlichen Anspruch auf Honorar verschafft, ist eine hier nicht zu erörternde Frage, die sich aber wahrscheinlich zwanglos nach den zivilrechtlichen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag regeln wird.

Verweigert dagegen ein Vater bei einem schon durchaus einsichtig gewordenen 16- oder 17 jährigen die Einwilligungserklärung in einen Eingriff, so ist zu unterscheiden, ob der Eingriff einen Aufschub verträgt oder nicht [54]). Muß der Eingriff nicht unbedingt noch heute oder morgen gemacht werden, so darf der Arzt nicht operieren, ohne sich einer eigenmächtigen Heilbehandlung schuldig zu machen. Zu demselben Ergebnis kommt übrigens auch v. Lilienthal. Er schließt denn auch weiter richtig aus der Tatsache der verweigerten Einwilligung des Vaters, daß „dem Arzt (oder natürlich auch dem Minderjährigen) kaum etwas anderes übrig bleibe als die Anrufung der Behörde (nämlich des Vormundschaftsgerichts) gegen den gewissenlosen Vater“ [55]).

Ist aber der Eingriff unaufschiebbar, so sind die Grundsätze des § 281 entsprechend anzuwenden. D. h., nicht ein-

[54]) Vgl. hierzu Allfeld-Meyer, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts § 27, Anm. 51, S. 145.

[55]) v. Lilienthal, Die pflichtm. ärztl. Handlg. S. 43, Anm. 1.

mal ein entgegenstehender Wille des Vaters oder des Minderjährigen macht die Handlung des Arztes rechtswidrig.

Bei der sogenannten Verschönerungsoperation kommt schon begrifflich ein Eilfall nicht vor, sodaß es insoweit bei dem eingangs aufgestellten Grundsatze sein Bewenden haben muß.

Beim reinen Experiment, bei der Transfusion und der Transplantation kommt es wieder auf die Grenze von 18 Jahren an. Prinzipiell darf kein Arzt einen solchen Eingriff an einem Minderjährigen unter 18 Jahren vornehmen. Hierbei ist es auch gleichgültig, ob der Minderjährige unter der Vertretung des Arztes selbst[56]) oder eines Dritten steht[57]).

Bei dem Minderjährigen über 18 Jahren bleibt die von diesem erteilte Einwilligungserklärung maßgeblich. Hier wird jedoch der Arzt gut tun, einen besonders strengen Maßstab an die Einsicht des Minderjährigen zu legen. Insbesondere soll er überlegen, ob der Minderjährige nicht etwa aus übertriebenem Idealismus heraus seine Einwilligung gab. Gerade die Jugend neigt leicht zu Extremen. Der Arzt hat deshalb die verantwortungvolle Aufgabe, dem später reifer und realer denkend gewordenen Menschen die Reue über eine im Übereifer abgegebene Willenserklärung zu ersparen. Dies gilt in erster Linie beim Experiment.

Neben dem Minderjährigen kennt die Rechtsordnung noch den Entmündigten, der stets ein Volljähriger ist. Bei ihm unterscheidet man 4 Arten, die in 2 Gruppen eingeteilt werden. Der Geisteskranke ist geschäftsunfähig gleich einem Kinde unter 7 Jahren, der Geistesschwache, der Trunksüchtige und der Verschwender sind nur beschränkt geschäftsfähig entsprechend dem Minderjährigen zwischen 7 und 21 Jahren [58]).

Daß es auf die Willenserklärung eines Geisteskranken nie ankommen kann, liegt schon in der Natur der Sache; denn er kann überhaupt keinen beachtlichen Willen formulieren.

---

[56]) Vgl. Rosenberg, Strafb. Heilungen GS 62 S. 83.
[57]) Vgl. Köhler, Deutsches Strafrecht § 33 V S. 415.
[58]) Vgl. §§ 104, 106, 114, BGB.

Auch der Geistesschwache und Trunksüchtige beweisen ein derart geringes Maß von Einsicht, daß sie unbedingt den Minderjährigen unter 18 Jahren gleichgestellt werden müssen.

Zwar zeigt auch der Verschwender keineswegs ein solches Verhalten, wie es ein vernünftiger Mensch an den Tag legen würde. Trotzdem sind aber die geistigen Defekte nicht derart, daß man berechtigterweise sagen könnte, der Verschwender habe auch nicht die nötige Einsicht, um erkennen zu können, was für seinen Körper gut und böse ist.

Mit Rücksicht darauf hatte deshalb Heimberger vorgeschlagen:

> Hat der Behandelte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen wirklicher oder mutmaßlicher Wille entscheidend, außer wenn der Vertretene selbst die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht besitzt [59]).

Um gesetzestechnisch richtig vorzugehen muß ich unter Anlehnung an Heimbergers Vorschlag und unter Berücksichtigung meiner bisherigen Vorschläge die zu schaffende Bestimmung über den gesetzlichen Vertreter teilen in eine Bestimmung nach § 264 und nach § 281. Ich denke diese mit folgendermaßen:

> § 264 a. Hat der Verletzte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung, einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen Wille entscheidend, es sei denn, daß im Falle der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen dieser das 18. Lebensjahr vollendet hat und die erforderliche Einsicht besitzt.
>
> § 281 a. Hat der Behandelte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung einen gesetzlichen Vertreter, so finden die §§ 264a, 281 entsprechende Anwendung.

---

[59]) Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle VDA IV S. 46 und Aschrott-Kohlrausch, Der Ausschluß d. Rechtswidrigkeit S. 92.

Auch bei den Abtreibungsbestimmugen hat es lange gedauert, bis man sich zu einer erschöpfenden gesetzlichen Regelung entschloß. Ich denke hierbei nur an Fälle, bei denen die Abtreibung zur Rettung des Lebens oder der ernstlich gefährdeten Gesundheit erforderlich erscheint.

Das derzeitige Gesetz und auch der E 27 unterscheiden nun Abtreibung oder Tötung der Frucht im Mutterleibe vor der Geburt und die Tötung des Kindes in oder gleich nach der Geburt [60]). Der Kürze halber werde ich nur von der „Abtreibung" und dem „Kinde" sprechen.

Es sind stets Fälle vorgekommen und es werden auch in Zukunft stets solche vorkommen, bei denen ein Austragen des Kindes der Mutter unmöglich sein wird, ohne daß sie selbst größte Gefahr läuft. Obwohl man nicht darüber zu sprechen pflegt, ist mit Bestimmtheit anzunehmen, daß die Ärzte ohne rechtliche oder Gewissensbedenken in solchen Fällen das Kind abgetrieben haben. Dies erscheint mir auch als durchaus berechtigt, indem die Rechtsordnung kein Interesse daran haben kann, Gefahr zu laufen, ohne die Preisgabe des Kindes, Mutter und Kind zu verlieren. Jedoch hat man sich lange über die Rechtfertigung des Arztes, bezw. die Rechtsgemäßheit eines solchen Eingriffs gestritten.

Man hat da zunächst von einer Notwehr gesprochen, die der Arzt zu Gunsten der Mutter vornimmt. Dem ist aber mit Recht entgegengehalten worden, daß die Notwehr im Sinne des § 53 StGB. einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt. Die durch das Kind hervorgerufene Gefahr bedeutet aber keinen solchen Angriff des Kindes auf die Mutter, noch viel weniger einen rechtswidrigen.

Man suchte sich deshalb mit der Notstandsbestimmung des § 54 zu helfen, die aber, worauf schon hingewiesen ist, auf den Angehörigen des Gefährdeten beschränkt ist.

v. Lilienthal meinte deshalb, die ärztlich gebotene Abtreibung sei lediglich eine an der Schwangeren vorgenommene

---

[60]) Vgl. §§ 217, 218 StGB; §§ 252, 253 E 27.

Operation [61]). Dem vermag ich mich jedoch nicht anzuschließen, da das Deutsche Recht der römisch-rechtlichen Auffassung von der Eigenschaft des foetus als portio viscerum ausdrücklich nicht gefolgt ist. Richtiger erscheint mir deshalb Heimbergers Beweisführung zu sein. Er gibt zu, daß das Kind auch schon vor seiner Geburt als Objekt, und zwar als durchaus schutzwürdiges Objekt zu berücksichtigen ist. Gerät der dem Kinde gewährte Schutz in einen derartigen Konflikt mit dem der Mutter gewährten Schutze, daß die Aufrechterhaltung des dem Kinde gewährten Schutzes zum Untergange der Mutter, also zur Vernichtung des ihr gewährten Schutzes führen muß, so zieht sich der dem Kinde gewährte Schutz von diesem zurück und gibt es preis. Wird dann eine Abtreibung vorgenommen, so bedeutet dies eine strafrechtlich indifferente Handlung [62]).

Die Entwürfe von 1909, 1911 und 1913 haben sich gescheut, die ärztlich gebotene Abtreibung in irgend einer Form zu kodifizieren. Erst der E 19 faßt das Problem von der negativen Seite an und bestimmte in § 288:

> Wer gegen den Willen einer Schwangeren ihre Frucht oder ihr in der Geburt begriffenes Kind tötet, um von ihr eine nicht anders abwendbare schwere Gefahr für Leben oder Gesundheit abzuwenden, wird . . . bestraft.

Auffallenderweise ließ der AE 25 diese Bestimmung wieder fallen, offenbar aus dem Gesichtspunkte heraus, daß die sehr weit gefaßte Notstandsbestimmung des § 22 ausreiche.

Dem kann man sich anschließen. Jedoch ist der E 27 dem nicht gefolgt. In ihm ist bezüglich der Heilbehandlung die Absicht unverkennbar, auch das Problem der ärztlich gebotenen Abtreibung erschöpfend im besonderen Teile zu regeln unter bewußtem Ausschluß der auch hier vorhandenen und an sich durchaus ausreichenden Notstandsbestimmung

[61]) v. Lilienthal, Die pflichtm. ärztl. Handlung und das Strafrecht S. 12.

[62]) Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation, S. 29—33.

des § 25. Der E 27 ist deshalb zunächst einmal dazu übergegangen positiv festzulegen, daß die ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft eine rechtsgemäße Handlung ist. Es heißt in § 254:

> Eine Abtreibung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt eine Schwangerschaft unterbricht, weil es nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Muter erforderlich ist.
>
> Eine Tötung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt aus dem gleichen Grund ein in der Geburt begriffenes Kind tötet.

Diese Bestimmung ist dazu angetan, Klarheit zu bringen. Sie war schon in Anbetracht des § 263 erforderlich. § 281 Abs. 2, 3 wollen dann die eigenmächtige Abtreibung behandeln. Es heißt zunächst in Abs. 2:

> Ebenso wird ein approbierter Arzt bestraft, der gegen den Willen einer Schwangeren eine ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes (§ 254) vornimmt. Der Versuch ist strafbar.

Auch hier sind wieder die Worte „gegen den Willen" zu beachten; auch hier bleiben die Erörterungen maßgeblich, die ich bei der eigenmächtigen Heilbehandlung dargetan habe. Ich schlage deshalb vor, die Worte „gegen den Willen" durch die Worte „ohne den Willen" zu ersetzen.

§ 281 Abs. 3 will den Einfall behandeln, der seiner Natur nach kein Aufschieben verlangt:

> Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung wenn ... der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung ... der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Ich hatte schon darauf hingewiesen, daß dieser Absatz offenbar nur den Eilfall behandeln will, bei dem ein entgegenstehender Wille noch nicht geäußert worden ist. Ich habe aber auch betont, daß der verantwortungsbewußte Arzt nie und nimmer rechtswidrig handelt, der sich in einem Falle über den schon geäußerten, aber den Eingriff verbietenden Willen hinwegsetzte, wenn der Eingriff die ultima ratio zur Rettung der Mutter war. Ich habe insbesondere das Beispiel des Selbstmörders angeführt und dargetan, daß derjenige, der einen lebensrettenden Eingriff verbietet, einem Selbstmörder gleichzuachten ist. Ist dies aber der Fall, dann kann auch der unter solchen Umständen vorgenommene verbotene, aber ärztlich gebotene Eingriff keine rechtswidrige Handlung sein.

Dabei war daran gedacht, daß das Kind nicht ausgetragen werden kann. Nun ist aber denkbar, daß ein Kind wohl ausgetragen, aber nur mittels eines Kaiserschnittes zur Welt gebracht werden kann. Heimberger hatte einmal bei der gewöhnlichen Heilbehandlung gesagt: „Warum sollte ein nicht plötzlich, sondern allmählich schwer Erkrankter zur Duldung von Heilungseingriffen nicht auch gezwungen werden können[63]). Wende ich diesen Satz nun auf die gebotene Abtreibung an, so könnte ich vielleicht sagen: „Warum sollte nicht eine Schwangere gezwungen werden können, an sich den Kaiserschnitt vornehmen zu lassen, wenn durch ihn Mutter und Kind gerettet werden können, natürlich sofern der Kaiserschnitt keinen erheblich schweren Eingriff darstellt, als die in irgendeiner Form vorgenommene Abtreibung!" Trotzdem sagt Heimberger, allerdings genau 10 Jahre früher: „Der Arzt ist keineswegs berechtigt, die Mutter zur Unterwerfung unter den Kaiserschnitt zu nötigen" [64]).

Dies scheint mir auch richtig zu sein. Auch Oppenheim steht auf diesem Standpunkte. Er sagt, daß „nach der all-

[63]) Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 17.
[64]) Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation, S. 31.

täglichen Übung die Mutter das Recht der Wahl[65]) zwischen Abtreibung und Kaiserschnitt habe.

Unter Berücksichtigung des Vorgetragenen würde ich deshalb folgende Fassung des § 281 Abs. 3 vorschlagen:

> Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn ohne den Eingriff oder die Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten oder der Schwangeren ernstlich gefährdet ist.

Im wesentlichen aus eugenischen Gründen steht z. Zt. mit im Mittelpunkte des Interesses die Sterilisation von Geisteskranken und Psychopathen. Auf diese Frage näher einzugehen, würde aus dem Rahmen der Arbeit fallen. Soviel sei jedoch gesagt, daß sie eine Körperverletzung im Sinne des § 259 E 27 darstellt, da sie lediglich im Interesse der Umgebung zur Verhinderung einer minderwertigen Nachkommenschaft vorgenommen werden soll. Sie ist auch nicht identisch mit der Kastrierung, da mit der Wegnahme der Hoden die innere Sekretion unterbunden wird, was bei der Sterilisation nicht der Fall ist. Durch die Sterilisation wird lediglich die Befruchtung unmöglich gemacht. Deshalb steht auch nichts im Wege, daß der Arzt mit Einwilligung des Mannes einen solchen Eingriff vornimmt. Denn der Wille desjenigen, der freiwillig auf Nachkommenschaft verzichtet um der Nachkommenschaft willen, ist unbedingt sittlich hochstehend.

Da jedoch der Eingriff nicht zu Gunsten des Verletzten ist, darf die Einwilligung nie angenommen werden, noch der Eingriff durch einen Arzt zwangsweise durchgeführt werden. Dies müßte erst durch eine besondere Verwaltungsvorschrift angeordnet werden. Innerhalb des StGB. käme die Sterilisation dagegen lediglich als Strafe in Betracht. Eine solche Strafe kennt aber der E 27 nicht. Sie würde auch ein Zurückgehen in mittelalterliche Gewohnheiten bedeuten.

Dagegen ist die Behandlung einer Geschlechtskrankheit

[65]) Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, ZfschwStrR. 6 S. 342.

eine Behandlung im Sinne des § 263 E 27. Das betr. Gesetz ist zwar in erster Linie zur gesundheitlichen Reinhaltung der Volksgemeinschaft gedacht, wirkt sich aber anderseits auch zu Gunsten des Behandelten aus. Das genügt für § 263. Der hier zu beachtende § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten lautet:

> Personen, die geschlechtskrank sind und bei denen die Gefahr besteht, daß sie ihre Krankheit weiter verbreiten, können zwangsweise einem Heilverfahren unterworfen, insbesondere in ein Krankenhaus überführt werden, wenn dies zur wirksamen Verhütung der Ausbreitung der Krankheit erforderlich erscheint. Ärztliche Eingriffe, die mit einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind, dürfen nur mit Einwilligung des Kranken vorgenommen werden [66]).

Zu beachten ist im Rahmen unserer Arbeit nur der Satz 2. Dieser dürfte überflüssig werden, wenn § 281 E 27 Gesetz werden sollte. Im übrigen passen auf die Behandlung einer Geschlechtskrankheit auch die übrigen Erörterungen der Arbeit.

Vielleicht ist aber gerade die Geschlechtskrankheit dazu geeignet, sich einmal das Verhältnis von approbiertem und nichtapprobiertem Heilkundigen zu überlegen. Ohne daß ich bisher darauf hingewiesen habe, war lediglich die Vornahme einer Abtreibung sanktioniert, wenn sie durch einen approbierten Arzt vorgenommen wurde. Dies war auch berechtigt, da der Eingriff sehr folgenschwer sein kann, insofern, als vielleicht die Mutter durch eine unsachgemäße Behandlung unfruchtbar werden könnte.

In derselben Richtung bewegen sich auch die Bestrebungen zu einem neuen schweizerischen StGB. [67]), bewegt sich auch

---

[66]) Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1917 RGBl I, S. 1431.

[67]) Vgl. Mayer, Bemerkungen zu den Abtreibungsbestimmungen im schweiz. Strafgesetzentwurf, MoSchrfkrimPs, S. 422.

der Vorschlag des langjährigen Oberreichsanwaltes Ebermayer [68]). Schon der Entwurf eines StGB. für die Preußischen Staaten von 1848 sah einen derartigen § 129 vor:

> Wer, ohne vorschriftmäßig approbiert zu sein, gewohnheitsmäßig oder gegen Belohnung die Heilung einer äußeren oder inneren Krankheit oder eine geburtshilfliche Behandlung vornimmt, wird ..... bestraft [69]).

Gerade bei dem letzten Vorschlage ist die umfassende Ausschaltung des nichtapprobierten Heilkundigen auffallend. In diesem Maße ist sie eigentlich nie verlangt worden. Selbst wenn das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten in § 2 Satz 2 von ärztlichem Eingriff sprach, so war damit nicht gemeint, daß nur ein approbierter Heilkundiger den Eingriff sollte vornehmen können, obwohl man es gerade bei der Geschlechtskrankheit mit Rücksicht auf die nicht verhütet werden sollende Nachkommenschaft begrüßen müßte.

Trotzdem werde ich es nicht vorschlagen. Denn es ist eine bekannte Tatsache, daß ein mit Geschlechtskrankheit Behafteter sich oft schämt, einen öffentlichen Arzt aufzusuchen. Anderseits sind sicherlich auch dem Nichtapprobierten, aber Heilkundigen auch geeignete Mittel zugänglich. Es ist deshalb von zwei unvermeidlichen Übeln das kleinere, wenn man dem Kranken die Tür zum Nichtapprobierten zur Heilung offen läßt.

Dasselbe gilt von jeder anderen Behandlung. Die Ausschaltung des nichtapprobierten Heilkundigen ist nur durch eine systematische Aufklärung der Bevölkerung über den Unwert der meisten Naturheilkundigen möglich.

Dies gilt besonders von der Bekämpfung des Kurpfuscherunwesens. Es ist eher Sache des Richters, durch erhebliche

---

[68]) Vgl. Ebermayer, Aerztlich. Operationsrecht, MoSchrfkrimPs 17, S. 421.

[69]) Vgl. Liszt, Abhdlg. des krim. Seminars an der Univ. Berlin, neue Folge 7. Bd.

Strafen vor der Inanspruchnahme eines Kurpfuschers zu warnen und das Kurpfuscherunwesen selbst einzudämmen.

Wo aber die Behandlung auf den approbierten Arzt beschränkt ist, also bisher lediglich bei der Abtreibung, da schützt den nichtapprobierten Heilkundigen selbst die Tatsache nicht vor Strafe, daß die Schwangere in die Behandlung eingewilligt hat, die Behandlung auch durchaus geboten und sogar gelungen war.

Über die subjektive Seite des Problems ist nicht viel zu sagen. Der Arzt muß, will er nicht Gefahr laufen wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß §§ 259, 268 E 27 angeklagt zu werden, sich stets überlegen, ob er bei seiner Diagnose und nachfolgenden Behandlung auch die neueren Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft berücksicht hat. Entsprechend hat er sich bei der eigenmächtigen Heilbehandlung zu fragen, ob der Behandelte auch in die Behandlung eingewilligt hat und ob nicht etwa Bedenken in die Beachtlichkeit dieser Einwilligungserklärung zu setzen sind [70]).

Einen allerletzten Vorschlag möchte ich nun noch machen. Der große Streit war, ob die Heilbehandlung begrifflich eine Körperverletzung sei, oder ob sie nur eine Beeinträchtigung des freien Willens bedeute. Dieser Streit wird bleiben, selbst wenn der E 27 sagen würde, die Heilbehandlung sei nur Beeinträchtigung des freien Willens. Ich stehe deshalb auf dem Standpunkt, daß es für ein zu schaffendes Gesetz richtiger ist, diese Frage ganz offen zu lassen. Dies kann aber dadurch erreicht werden, indem man einen besonderen Abschnitt über die eigenmächtige Heilbehandlung hinter dem 20. Abschnitte des E 27 bildet.

---

[70]) Vgl. über den Dolus RGSt 10 S. 102; Rechtspr. d. RG IV S. 97; Finger, Chirurg. Operation u. ärztl. Behandlung S. 17/18.

Demnach muß sich m. E. das ärztliche Recht in folgenden Bestimmungen widerspiegeln:

17. Abschnitt. Tötung.

§ 254

Eine Abtreibung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt eine Schwangerschaft unterbricht, weil es nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer auf andere Weise nicht abwendbaren ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich ist.

Eine Tötung im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt aus dem gleichen Grunde ein in der Geburt begriffenes Kind tötet.

18. Abschnitt. Körperverletzung.

§ 263

Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes.

§ 264

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt.

§ 264 a

Hat der Verletzte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung, einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen Wille entscheidend, es sei denn, daß im Falle der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen dieser das 18. Lebensjahr vollendet hat und die erforderliche Einsicht besitzt.

20 a. Abschnitt. Eigenmächtige Heilbehandlung.

§ 281

Wer jemand ohne dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird ein approbierter Arzt bestraft, der ohne den Willen einer Schwangeren eine ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes (§ 254) vornimmt. Der Versuch ist strafbar.

Die Vorschriften der Abs. 1, 2 finden keine Anwendung, wenn ohne den Eingriff oder die Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten oder der Schwangeren ernstlich gefährdet ist.

Ergibt sich außer im Falle des Abs. 3 nach einem bereits begonnenen Eingriffe die Notwendigkeit eines anderen oder weiteren Eingriffes, so ist der Behandelnde oder Arzt auch zur Vornahme dieses Eingriffes befugt, es sei denn, daß dieser eine erheblich höhere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Behandelten oder der Schwangeren bedeutet.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten oder der Schwangeren verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.

§ 281 a

Hat der Behandelte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung, einen gesetzlichen Vertreter, so finden die §§ 264 a, 281 entsprechende Anwendung.